

الأخضر لنعليل المختار

مؤلف

عبد الله بن محمود بن مؤدود الموصلي الحنفي

وكتبه تعليقاته لفضيلة
المرجع الشيخ محمود أبو دقيقة

المجلد الثاني

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان



الاختيار

الأختيار لتعليق المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الثالث

مقرر تدريسه لطلبة السنة الثالثة الثانوية بـجامعة الأزهرية

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

بيروت: دار الكتب العلمية بيروت، لبنان
ص ١١/٩٤٢٤ : تلخس : 41245 L8 Nasher
هاتف : ٨١٥٥٧٣ - ٣٦٦١٣٥

مَنْ يُرِدِ اللَّهَ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
(حديث شريف)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الحوالة

وهي مشتقة من التحوّل بمعنى الانتقال ، يقال : تحوّل من المنزل إذا انتقل عنه ، ومنه تحويل الفراش . وفي الشرع : نقل الدين وتحويله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ولهذا قلنا : إذا صحّت الحوالة برئ المحيل لتحويله إلى ذمة المحال عليه ، لأن من المحال بقاء الشيء الواحد في محلين في زمان واحد ، وهو عقد مشروع ، قال صلى الله عليه وسلم « من أحيل على مئله فليتبّع » أمر باتباعه ، ولولا الجواز لما أمر به ، حتى إن من العلماء من قال بوجوب الاتباع نظرا إلى ظاهر الحديث ، ونحن نقول : المراد منه الإباحة ، لأن تحوّل حقه إلى ذمة أخرى من غير اختياره ضرر به ، وإنما خصه عليه الصلاة والسلام بالمئله حكما للغالب ، لأن الغالب في الحوالات ذلك لأنه شرط الجواز ، ثم عند أبي يوسف الحوالة توجب براءة المحيل من الدين والمطالبة براءة مؤقتة إلى أن يتوى ما على المحال عليه ، حتى لو أبرأ المحال المحيل صحّ ، ولو أحوّل الراهن المرتهن بدينه استردّ الراهن . وعند محمد توجب البراءة من المطالبة دون الدين فلا يصحّ الإبراء ، ولا يستردّ الراهن الراهن . لمحمد رحمه الله أن نقل الدين غير ممكن لأنه تملك المال وذلك لا يقبل النقل ، وموجبه المطالبة وهي تقبل النقل ، ولهذا لو أدى المحيل الدين أجبر المحال على قبوله . ولأبي يوسف رحمه الله أن الحوالة أضيفت إلى الدين ، ولو أضيفت إلى المطالبة لاتكون حوالة ، فوجب القول بتحويل الدين

وهي جائزة بالديون دون الأعيان ، وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه ؛ وإذا تمت الحوالة برئ (ز) المحيل حتى لو مات لا يأخذ المحتال من تركته ، لكن يأخذ كقبلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مفلساً (سم) ، أو ييحد (ف) ولا بينة عليه ، فان طالب المحتال عليه المحيل فقال : إنما أحتلت بدين لي عليك لم يقبل ، وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال : إنما أحتلتني بدين لي عليك لم يقبل .

الحقيقة الإضافة ، وإنما صح الأداء من المحيل لأنه ثبت له بالحوالة براءة مؤقتة ، وبالأداء تثبت له براءة موبدة وأنه زيادة فائدة .

قال (وهي جائزة بالديون دون الأعيان) لما مر أنها تنبى على التحول ، وإنما تتحول الديون دون الأعيان . قال (وتصح برضا المحيل والمحتال والمحال عليه) أما المحيل فلأنه الأصل في الحوالة ، ومنه توجد ، وذكر في الزيادات أن رضا المحيل ليس بشرط لأن المحال عليه يتصرف في نفسه بالتزام الدين ولا ضرر على المحيل بل فيه نفعه ، لأنه لا يرجع عليه إلا برضاه . وأما المحتال والمحال عليه ، فلتفاوت الناس في القضاء والاقتضاء ، فلعل المحال عليه أعسر وأفلس ، والمحال أشد اقتضاء ومطالبة ، فيشترط رضاها دفعا للضرر عنهما . قال (وإذا تمت الحوالة برئ المحيل) لما مر . وقال زفر : لا يبرأ لأنها للاستيثاق فبقى الدين على المحيل كالكفالة . وجوابه مأمراً أنها من التحويل ، ولا بقاء مع التحويل على ما بينا فيبرأ المحيل (حتى لو مات لا يأخذ المحتال من تركته ، لكن يأخذ كقبلاً من الورثة أو من الغرماء مخافة التوى ، ولا يرجع عليه المحتال إلا أن يموت المحال عليه مفلساً أو ييحد ولا بينة عليه) لأنه عجز عن الوصول إلى حقه ، والمقصود من الحوالة سلامة حقه فكانت مقيدة بالسلامة ، فإذا فانت السلامة انفسخت كالعيب في المبيع . وعندما يرجع بوجه آخر أيضاً ، وهو أن يحكم الحاكم بافلاسه في حياته بناء على أن الإفلاس يحقق عندهما بقضاء القاضى وعنده لا . قال (فان طالب المحتال عليه المحيل فقال : إنما أحتلت بدين لي عليك لم يقبل) وعليه مثل ما أحال لتحقيق السبب وهو قضاء دينه بأمره ، لكن المحيل يدعى عليه ديناً وهو ينكر ، والقول قول المنكر ، والحوالة ليست لإقرارا بالدين فيها تكون له . (وإن طالب المحيل المحتال بما أحاله به فقال : إنما أحتلتني بدين لي عليك لم يقبل) .

المحتال يدعى عليه الدين وهو ينكر ، وفي الحوالة معنى الوكالة فيكون القول قراء .

كتاب الصلح

وَيَجُوزُ مَعَ الْإِقْرَارِ وَالسُّكُوتِ (ف) وَالْإِنْكَارِ (ف) ، فَإِنْ كَانَ عَنْ إِفْرَاقٍ وَهُوَ بِمَالٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْبَيْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِمَنَافِعٍ عَنْ مَالٍ فَهُوَ كَالْإِجَارَةِ فَإِنْ اسْتَحَقَّ فِيهِ بَعْضُ الْمَصَالِحِ عَنْهُ رَدٌّ حِصَّتُهُ مِنَ الْعِيُوضِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ الْجَمِيعُ رَدُّ الْجَمِيعِ ، وَإِنْ اسْتَحَقَّ كُلُّ الْمَصَالِحِ عَلَيْهِ رَجْعٌ بِكُلِّ الْمَصَالِحِ عَنْهُ ، وَفِي الْبَعْضِ بِحِصَّتِهِ . وَالصُّلْحُ عَنْ سُكُوتٍ أَوْ إِنْكَارٍ مُعَاوَضَةٌ فِي حَقِّ الْمُدَّعَى ، وَفِي حَقِّ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ لِإِفْتِدَاءِ الْبَيْعِينَ ،

كتاب الصلح

وهو ضد الفساد ، يقال : صلح الشيء إذا زال عنه الفساد ، وصلح المريض إذا زال عنه المرض ، وهو فساد المزاج ، وصلح فلان في سيرته إذا أقالع عن الفساد . وفي الشرع : عقد يرتفع به التشاجر والتنازع بين الخصوم وهما منشأ الفساد ومثار الفتن ، وهو عقد مشروع مندوب إليه ، قال تعالى - فأصلحوا بينهما - وقال تعالى - والصلح خير - وقال صلى الله عليه وسلم : كل صلح جائز بين المسلمين ، إلا صلحا حرم حلالا أو حلل حراما ، وقال عمر رضي الله عنه : ردوا الخصوم كي يصطلحوا .

قال (ويجوز مع الإقرار والسكوت والإنكار) لإطلاق ما روينا من النصوص . قال أبو حنيفة رضي الله عنه : أجود ما يكون الصلح عن إنكار لأن الحاجة إلى جوازه أمس ، لأن الصلح لقطع المنازعات وإطفاء الثارات ، وهو في الصلح عن الإنكار أبلغ ، والحاجة أثر في تجويز المعاهدات ، ففي إبطاله فتح باب المنازعات . قال (فإن كان عن إقرار وهو بمال عن مال فهو كالبيع) لوجود معنى البيع وهو مبادلة مال بمال براضى المتعاقدين والعبرة للمعاني ، فثبت فيه خيار الرؤية والعيب والشرط والشفعة ، ويشترط القدرة على تسليم البدل ويفسده جهالة البدل لإفضائها إلى المنازعة ، ولا تفسده جهالة المصالح عنه لأنه إسقاط . قال (وإن كان بمنافع عن مال فهو كالإجارة) لوجود معنى الإجارة ، وهو تملك المنافع بمال حتى تبطل بموت أحدهما في المدة كما في صورة الإجارة (فإن استحق في بعض المصالح عنه ردد حصته من العوض ، وإن استحق الجميع ردد الجميع) لأنه مبادلة كالبيع وحكم البيع كذلك (وإن استحق كل المصالح عليه رجع بكل المصالح عنه وفي البعض بحصته) لأنه مبادلة لمسا مر . قال (والصلح عن سكوت أو إنكار معاوضة في حق المدعى) لأن من زعمه أنه يأخذ عوضا عن ماله وأنه يحق في دعواه (وفي حق المدعى عليه لاقتداء بهمين)

وإن استحق فيه المصالح عليه رجوع إلى الدعوى في كله وفي البعض
يقدره ، وإن استحق المصالح عنه ردّ العوض ، وإن استحق بعضه ردّ
حصته ورجع بالخصومة فيه ، وهلاك البدل كاستحقاقه في الفصلين ،
ويجوز الصلح عن مجهول (ف) ، ولا يجوز إلا على معلوم ، ويجوز عن
جناية العمد والخطأ ،

لأن من زعم أن لاقى عليه وأن المدعى مبطل في دعواه ، وإنما دفع المال لئلا يخلف
ولتقطع الخصومة (وإن استحق فيه المصالح عليه رجوع إلى الدعوى في كله وفي البعض
بقدره) لأنه ما ترك الدعوى إلا ليسلم له المصالح عليه ، فإذا لم يسلم له رجوع إلى دعواه
لأنه البدل (وإن استحق المصالح عنه ردّ العوض) ورجع بالخصومة (وإن استحق بعضه
حصته ورجع بالخصومة فيه) لأن المدعى عليه إنما بذل العوض ليدفع الخصومة عنه ،
فإذا استحق الدار ظهر أن لاختصومة فبطل غرضه فيرجع بالعوض ، وفي البعض خلا
المعوض عن بعض العوض فيرجع بقدره (وهلاك البدل) قبل التسليم (كاستحقاقه
في الفصلين) قال (ويجوز الصلح عن مجهول) لأنه إسقاط (ولا يجوز إلا على معلوم)
لأنه تملك فيؤدى إلى المنازعة .

والصلح على أربعة أوجه : معلوم على معلوم . ومجهول على معلوم وهما : اثنان ، وقد مرّ
الوجه فيهما . ومجهول على مجهول . ومعلوم على مجهول وهما : فاسدان . فاحاصل أن كل
ما يحتاج إلى قبضه لا بد أن يكون معلوماً لأن جهالته تفضي إلى المنازعة ، وما لا يحتاج
إلى قبضه يكون إسقاطاً ولا يحتاج إلى علمه به لأنه لا يفضي إلى المنازعة ، ولو ادعى حقا
في دار لرجل ولم يسمه وادعى المدعى عليه حقا في أرضه فاصطالحا على أن يدفع أحدهما
مالا إلى الآخر لا يجوز ؛ وإن اصطالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه جاز . لأنه
لا يحتاج إلى التسليم وفي الأولى يحتاج إليه ، ولو ادعى دارا فصالحه على قدر معلوم منها
جاز ويصير كأنه أخذ بعض حقه وأبرأه عن دعوى الباقي ، والبراءة عن العين وإن لم تصح
لكن البراءة عن الدعوى تصح ، فصالحناه على هذا الوجه قطعاً للمنازعة . قال (ويجوز)
الصلح (عن جناية العمد والخطأ) في النفس وما دونها لإطلاق النصوص ولقوله تعالى
- فن عني له من أخيه شيء - نزلت عقيب ذكر القصاص ، ومعناه : فن عني له من دم
أخيه شيء : أي ترك القصاص ورضي بالمال ، يدل عليه قوله تعالى - فاتباع بالمعروف
وأداء إليه بإحسان - أي يتبع الطالب المطلوب بما صالحه عليه أو بالدية ولا يطالب أكثر من
حقه ، ويؤدى المطلوب إلى الطالب ما وجب عليه من المال من غير ملاحظة . مروى ذلك
عن ابن عباس رضي الله عنهما وغيره ، وهذا في العمد . وأما الخطأ فلأن الواجب هو

وَلَا يَجُوزُ عَنِ الْحُدُودِ ، وَلَوْ ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَتَجَحَّدَتْ ثُمَّ صَلَّحَتْهُ
عَلَى مَالٍ لَيْسَ بِرَدٍّ الدَّعْوَى جَازَةً ، وَلَوْ صَلَّحَتْهَا عَلَى مَالٍ لِيَتَّقِرَ لَهُ بِالنِّكَاحِ جَازَةً ،
وَلَوْ ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَالَحَتْهَا جَازَةً ،

المال فأشبهه سائر الديون ، إلا أنه لو صالح في العمد على أكثر من الدية جاز ، لأن الواجب
القصاص وليس بمال ، وفي الخطأ لو صالح على أكثر من الدية لايجوز لأن الواجب المال
فالزيادة ربا ، وهذا إذا صالحه على نوع من أنواع الدية . أما إذا صالحه على نوع آخر
كالخنطة والشعير ونحوهما فإنه يجوز بالغة ما بلغت لأنها من خلاف الواجب فلا ربا ،
وكل ما يصلح مهرا في النكاح يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ، ومالا فلا ، لأن كل
واحد منهما مبادلة المال بغير المال ، فان صالحه على خر أو خنزير سقط القصاص ولا
يجب شيء لأن المال ليس من ضرورات الصلح فلغا ذكر العوض فيبقى عفو ، وفي الخطأ
نحب الدية لأنه الموجب الأصلي فبقى فسد العوض رجع إليه كما في النكاح متى فسد المسمى
يرجع إلى مهر المثل لأنه موجب أصلي لا ينفك عنه النكاح إلا بتسمية غيره ، فإذا علمت
التسمية أو فسدت رجع إليه ، ولا كذلك العمد ؛ ولو صالحه بعفو عن دم على عفو عن دم
آخر جاز كالخلع ، ولو قطعت يده فصالحته على أن يتزوجها وقد برأت يده جاز ، لأنه
صالحها على أرض وجب له عليها وسقط الأرض ، وإن مات منها لها مهر مثلها وعليها الدية
في ثلاث سنين ، لأنه ظهر أن حقه في القتل فلم تصح التسمية ، ولو استحق العبد المصالح
عليه رجع بقيمته في العمد وبالدية في الخطأ وقد عرف وجهه ، وأو وجد عيبا يسيرا رده
في الخطأ ولا يرد في العمد إلا بالفاحش فيرده ، يأخذ قيمته ، لأن الصلح في الخطأ
يحتل الفسخ لوقوعه عن مال ، وفي العمد لا يحتل الفسخ لأنه عن القصاص وقد سقط
فلا سبيل إلى استرداده فيرجع بقيمة العوض كالنكاح والخلع . قال (ولا يجوز عن
الحدود) لأنها حق الله تعالى والمغلب في حد القذف حق الشرع عندنا ، ولا يجوز
الاعتياض عن حق الغير ، ولهذا لا يجوز الصلح عما أشرعه إلى الطريق العام كالظلة والروشن
ونحوهما لأنه حق العامة ، ولا يملك الاعتياض عن نصيبه لأنه غير متفيع به ، ولو صالحه
الإمام في الظلة ونحوها جاز إذا رأى ذلك مصلحة للمسلمين ويضع بدله في بيت المال
كما إذا باع شيئا من بيت المال . قال (ولو ادَّعَى عَلَى امْرَأَةٍ نِكَاحًا فَتَجَحَّدَتْ ثُمَّ صَلَّحَتْهُ عَلَى
مَالٍ لَيْتَرَكَ الدَّعْوَى جَازَةً) لأنه أمكن تصحيحه على وجه الخلع ويكون في حقها لدفع
الخصومة ، ويحرم عليه ديانة إذا كان مبطلا (ولو صالحها على مال لتقر له بالنكاح جاز)
ويجعل زيادة في المهر لأنها تزعم أنها زوجت نفسها منه ابتداء بالمسمى وهو يزعم أنه زاد
في مهرها (ولو ادَّعَتْ الْمَرْأَةُ النِّكَاحَ فَصَالَحَتْهَا) على مال (جاز) وقيل لا يجوز ، وجه الجواز

وإن ادعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز ولا ولاء عليه
عبد بين رجلين اعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر
من نصف قيمته لم يجوز ، ويجوز سلع الماعى المنكر على مال ليقر له
بالعين ، والفضولى إن صالح على مال وضمنه أو سلمه أو قال : على
الني هذه صح ، وإن قال : على ألف لفلان يتوقف على إجازة المصالح
عنه ، والصالح عما استحق بعقد المدائنة أخذ لبعض حقه وإسقاط
الباقى وليس معاوضة ؛

جعله زيادة في المهر ، ووجه عدم الجواز وهو الأصح أنه إنما أعطاها المسال لتترك
الدعوى ، فإن تركها وكان فرقة فهو لا يعطى في الفرقة البدل ، وإن لم تترك الدعوى
فما حصل له غرضه فلا يصح . قال (وإن ادعى على شخص أنه عبده فصالحه على مال جاز
ولا ولاء عليه) لأنه أمكن تصحيحه بجعله في حق المدعى كالتعق على مال ، وفي حق
المدعى عليه لدفع الخصومة لأنه يزعم أنه حر الأصل فلماذا لم يكن عليه ولاء لإنكاره ،
فإن أقام المدعى بينة بعد ذلك أنه عبده لم تقبل ، لأن من زعمه أنه اعتقه على مال ، وأن
العبد اشترى نفسه بهذا المسال ، لكن يثبت الولاء عملاً بالبينه . قال (عبد بين رجلين اعتقه
أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته لم يجوز) الفضل لأن القيمة
منصوص عليه ، قال صلى الله عليه وسلم « قوم عليه باقيه » فلا تجوز الزيادة عليه ، ولو
صالحه على عوض جاز لعدم الجنسية فلا ربا . قال (ويجوز صلح المدعى المنكر على مال
ليقر له بالعين) وصورته : رجل ادعى على رجل عينا في يده فأنكره فصالحه على مال
ليعترف له بالعين فإنه يجوز ويكون في حق المنكر كالبيع ، وفي حق المدعى كالزيادة
في الثمن . قال (والفضولى إن صالح على مال وضمنه أو سلمه ، أو قال : على ألفي هذه
صح) ولزمه تسليم المسال ، ولا يرجع على المدعى عليه بشيء لأنه تبرع ، وإنما صح
الصالح لأنه أضافه إلى نفسه أو إلى ماله . والحاصل للمدعى عليه البراءة ، ولا ضرر عليه
في ذلك فيصح ، وصار كال كفالة بغير أمر المديون (وإن قال : على ألف لفلان يتوقف
على إجازة المصالح عنه) إن أبازه جاز ولزمه الألف ، وإن لم يجزه بطل كالحلج والنكاح
وغيرهما من تصرفات الفضولى ، ولو قال : صالحتك على ألف وسكت قيل ينفذ ويجب
عليه لأنه أضاف العقد إلى نفسه كقوله اشتريت ؛ وقيل يتوقف على إجازة المدعى عليه لأن
الإضافة لم تتحقق إليه ، لأن الفعل كما يقع لنفسه يقع لغيره ، وإنما يعتبر واقعا له إذا كان
له فيه منفعة ، ولا منفعة له هنا وإنما المنفعة للمدعى عليه فاعتبر واقعا له ، بخلاف قوله
صالحنى ، لأن الباء كناية عن المفعول فقد جعل نفسه مفعول الصلح فيقع له . قال (والصالح
عما استحق بعقد المدائنة أخذ لبعض حقه وإسقاط الباقى وليس معاوضة) لأننا لو اعتبرناه

فَلَمَّا صَلَّحَهُ عَلَى أَلْفٍ دَرَاهِمَ بِخَمْسِيَّةٍ ، أَوْ عَنْ أَلْفٍ جِيَادٍ بِخَمْسِيَّةٍ زَيْوْفٌ ، أَوْ عَنْ حَالَةٍ بِمِثْلِهَا مُوَجَّلَةٌ جَازٌ ، وَلَوْ صَلَّحَهُ عَلَى دَنَانِيرَ مُوَجَّلَةٍ لَمْ يَجِزْ ، وَلَوْ صَلَّحَهُ عَنْ أَلْفٍ سُودٍ بِخَمْسِيَّةٍ بَيْضٍ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ قَالَ لَهُ : أَدِّ إِلَى غَدَا خَمْسِيَّةً عَلَى أَنَّكَ بَرِيءٌ مِنْ خَمْسِيَّةٍ ، فَلَمْ يُوَدِّهَا إِلَيْهِ فَالْأَلْفُ بِحَالِهَا (س) .

معاوضة يكون ربا ، وتصحيح تصرفه واجب ما أمكن ، وقد أمكن بما ذكرناه من الطريق فيصار إليه (فلان صلحه على ألف درهم بخمسة ، أو عن ألف جياذ بخمسة زيواف ، أو عن حالة بمثلها مؤجلة جاز) وفي الأولى أسقط بعض حقه ، وفي الثانية بعضه والصفة ، وفي الثالثة تعذر جعله معاوضة التقيد بالنسيئة لحرمة فحملناه على تأجيل نفس الحق وكل ذلك حقه فله إسقاطه (ولو صلحه على دنانير مؤجلة لم يجوز) لأنه بيع الدراهم بالدنانير نسيئة ، وإنه لا يجوز لأنها ليست من جنس الحق المستحق ليكون إسقاطا لبعضه وتأجيلا لبعضه فتعين ما ذكرناه ، ولو صلحه على ألف مؤجلة بخمسة حالة لم يجوز لأنه اعتياض عن الأجل ، ولا يجوز لأن المعجلة خير من المؤجلة ، فيكون التعجيل بازاء ما حط عنه فلا يصح . قال (ولو صلحه عن ألف سود بخمسة بيض لا يجوز) لأن البيض غير مستحقة فيكون معاوضة وإنه لا يجوز (ولو قال له : أدِّ إلى غدا خمسة على أنك برىء من خمسة فلم يؤدها إليه فالألف بحالها) وقال أبو يوسف : سقط خمسة ، وأجمعوا أنه لو أدَّى خمسة غدا برىء ، لأبي يوسف أنه إبراء مطلق لأنه جعل الأداء عوضا عن الإبراء نظرا إلى كلمة على ، والأداء لا يصلح أن يكون عوضا لوجوبه عليه فصار ذكره كعدمه . ولهما أنه إبراء مقيد بشرط الأداء ، وأنه غرض صالح حللنا من إفلاسه أو ليتوسل بها إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة أو قضاء دين أو دفع حبس ، فإذا فات الشرط بطل الإبراء ، وكلمة على تحتل الشرط فيحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحا لكلامه وعملا بالعرف . ولو قال : أبرأتك من خمسة من الألف على أن تعطيني الخمسة غدا صح الإبراء أعطى الخمسة أو لم يعط . لأنه أطلق الإبراء ووقع الشك في تعليقه بالشرط فلا يتقيد ، بخلاف المسألة الأولى لأنه من حيث إنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ، ومن حيث إنه يصلح شرطا لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك . ولو قال : أدِّ إلى خمسة على أنك برىء من أفضل ولم يوقت فهو إبراء مطلق ، لأن الأداء واجب عليه في جميع الأوقات فلم يصلح عوضا فلم يتقيد . ولو قال : صاخرتك من الألف على خمسة تدفعها إلى غدا وأنت برىء من الباقي على أنك إن لم تدفعها غدا فالألف عليك فهو كما قال لأنه صرح بالتقيد . ولو دفعها عبدا فصالحه على غلته شهرا لم يجوز . وعلى خدمته شهرا يجوز . لأنها معلومة

وَلَوْ صَالَحَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ عَنْ نَصِيْبِهِ بِثَوْبٍ ، فَشَرِيْكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ مِنْهُ نِصْفَ الثَّوْبِ إِلَّا أَنْ يُعْطِيَهُ رُبْعَ الدِّينَرِ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ الْمَدْيُونُ بِنِصْفِهِ ، وَلَا يَجُوزُ صَلَاحُ أَحَدِهِمَا فِي السَّلَمِ عَلَى أَخَذِ نَصِيْبِهِ مِنْ رَأْسِ الْمَالِ . وَإِنْ صَالَحَ الْوَرَثَةُ بَعْضُهُمْ عَنْ نَصِيْبِهِ بِمَالٍ أَعْطَوْهُ ، وَالتَّرِكَةُ عَرُوضٌ جَازٌ قَلِيلاً أَعْطَوْهُ أَوْ كَثِيراً ، وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتْ أَحَدُ النَّقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ خِلَافَهُ ، وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ فَأَعْطَوْهُ مِنْهُمَا ، وَلَوْ كَانَتْ نَقْدَيْنِ وَعَرُوضاً

والغلة مجهولة غير مقدورة التسليم ، لأنها لا يجب إلا بعد الإجارة والعمل . قال (ولو صالح أحد الشريكين عن نصيبه بثوب فشريكه إن شاء أخذ منه نصف الثوب) لأن له حق المشاركة لأنه عوض عن دينه ، فإذا اختار ذلك فقد أجاز فعل الشريك (إلا أن يعطيه ربع الدين) لأنه حقه في الدين لافي الثوب (وإن شاء اتبع المديون بنصفه) لبقاء حصته في ذمته ، لأنه لم يأذن له بالدفع إلى غيره ، والدين المشترك كالمرورث وقيمة عين مستهلكة بينهما وثن مبيع ونحوه . قال (ولا يجوز صلح أحدهما في السلم على أخذ نصيبه من رأس المال) عند أبي حنيفة وعمره رحهما الله ويتوقف على إجازة شريكه ، فإن رد بطل أصلاً وبقي المسلم فيه بينهما على حاله وإن أجاز نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقي الطعام بينهما ، لأنه فسمة الدين قبل قبضه فلا يجوز ، كما إذا كان لهما على رجل دراهم وعلى آخر دنانير ، فتصالحا على أن لهذا الدراهم ولهذا الدنانير فإنه لا يصح . وبيان كونه قسمة أنه يمتاز أحد النصيبين عن الآخر ولأنه فسخ على شريكه عقده ، فلا يجوز لأن العقد صدر منهما ، ولهذا يرجع عليه بنصف رأس المال إذا توى الباقي على المطلوب . وقال أبو يوسف رحمه الله : جاز الصلح وله نصف رأس المال ، وصاحبه إن شاء شاركه فيما قبض وإن شاء اتبع المطلوب بنصفه ، إلا إذا توى عليه فيرجع على شريكه ، له الاعتبار بسائر الديون ، وبما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه . قال (وإن صالح الورثة بعضهم عن نصيبه بمال أعطوه والتركة عروض جاز قليلاً أعطوه أو كثيراً) لما بينا أنه في معنى البيع ، وعثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع الثمن وكان له أربع نسوة على ثمانين ألف دينار بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير . قال (وكذلك إن كانت أحد النقدين فأعطوه خلافاً) لأن بيع المجلس بخلافه جائز (وكذلك لو كانت نقدين فأعطوه منهما) ويصرف كل واحد منهما إلى خلاف جنسه ، وقد مر في البيوع ، ثم إن كان في يده شيء من التركة ، إن كان مقرراً به يكون أمانة ، فلا بد من تجديد القبض فيه لأنه أضعف من قبض الصلح فلا ينوب عنه . وإن كان جاحداً له صار مضموناً عليه فينوب عن قبض الصلح (ولو كانت نقدين وعروضاً

فَصَالِحُوهُ عَلَى أَحَدِ النَّقْدَيْنِ فَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ أَكْثَرُ مِنْ نَصِيبِهِ مِنْ ذَلِكَ الْجِنْسِ ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الصِّلَحِ عَرْضًا جَازَ مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ فِي التَّرِكَةِ دَيُونٌ فَأَخْرَجُوهُ مِنْهَا عَلَى أَنْ تَكُونَ لَهُمْ لَا يَجُوزُ ، وَإِنْ شَرَطُوا بَرَاءَةً الْغُرْمَاءِ جَازَ .

كتاب الشركة

فصالحوه على أحد النقدين ، فلا بدَّ أن يكون أكثر من نصيبه من ذلك الجنس (ليكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة نحرًا عن الربا) (ولو كان بدل الصلح عرضًا جاز مطلقًا) لعدم تحقق الربا ، وكلّ موضع يقابل فيه أحد النقدين بالآخر يشترط القبض بالجلس لأنه صرف . قال (وإن كان في التركة ديون فأخرجوه منها على أن تكون لهم لا يجوز) لأنه تملك الدين من غير من عليه الدين (وإن شرطوا براءة الغرماء جاز) لأنه إسقاط أو تملك الدين ممن هو عليه وإنه جائز ، وإن كان على الميت دين لا يصالحون ولا يقسمون حتى يقضوا دينه لتقدم حاجته ، ولقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وإن قسموها ، فإن كان الدين مستغرقًا للتركة بطلت لأنه لا ملك لهم فيها ، وإن كان غير مستغرق جاز استحسانًا لا قياسًا ، والله سبحانه أعلم .

كتاب الشركة

الشرك : النصيب ، قال صلى الله عليه وسلم « من أعتق شركا له في عبد ، أى نصيبا . قال النابتة الجعدي :

وشاركنا قريشا في تقاها وفي أحسابها شرك العنان

أى أخذنا نصيبا من التقى والحسب مثل نصيب قريش منهما ، كشركة العنان لكل واحد نصيب من المال والكسب ، وسمى الشريكان لأن كل واحد منهما شركا في المال : أى نصيبا . وهى في الشرع : الخلطة وثبوت الحصص ، وهى مشروعة بالنصوص ، قال عليه الصلاة والسلام « يد الله على الشريكين ما لم ينح أحدهما صاحبه ، فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما » وقال عليه الصلاة والسلام « الشريكان الله ثالثهما ما لم ينحونا ، فإذا خاننا بحيت البركة بينهما » وكان قيس بن السائب شريك رسول الله صلى الله عليه وسلم في تجارة البز والأدم . وذكر الكرخي أسامة بن شريك ، وقال عليه الصلاة والسلام في صفته « كان شريكي وكان خبر شريك لا يشارى ولا يمارى ولا يدارى ، أى لا يلح ولا يجادل ولا يدافع عن الحق » ، وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتعاملونها

الشَّرِكَةُ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ مِلْكٍ ، وَشَرِكَةُ عَقْدٍ . فَشَرِكَةُ الْمَلِكِ نَوْعَانِ : جَبْرِيَّةٌ ، وَاخْتِيَارِيَّةٌ . وَشَرِكَةُ الْعُقُودِ نَوْعَانِ : شَرِكَةُ فِي الْمَالِ ، وَشَرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ . فَالشَّرِكَةُ فِي الْأَمْوَالِ أَنْوَاعٌ : مَفَاوِضَةٌ ، وَعَيْنَانِ ، وَوُجُوهٌ ، وَشَرِكَةُ فِي الْعُرُوضِ . وَالشَّرِكَةُ فِي الْأَعْمَالِ نَوْعَانِ : جَائِزَةٌ وَهِيَ شَرِكَةُ الصَّنَائِعِ ، وَفَاسِدَةٌ وَهِيَ الشَّرِكَةُ فِي الْمُبَاهَاتِ . أَمَّا الْمَفَاوِضَةُ فَهِيَ أَنْ يَتَسَاوَا فِي التَّصَرُّفِ وَالَّذِينَ (س) وَالْمَالِ الَّذِي تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ .

فلم ينكر عليهم وتعاملوا بها إلى يومنا هذا من غير تكبر فكان إجماعا . قال (الشركة نوعان : شركة ملك ، وشركة عقد . فشركة الملك نوعان : جبرية ، واختيارية . وشركة العقود نوعان : شركة في المال ، وشركة في الأعمال . فالشركة في الأموال أنواع : مفاوضة ، وعنان ، ووجوه ، وشركة في العروض . والشركة في الأعمال نوعان : جائزة وهي شركة الصنائع ، وفاسدة وهي الشركة في المباحات) وسيأتيك بيان ذلك إن شاء الله تعالى . أما شركة الأملاك ، أما الجبرية بأن يختلط مالان لرجلين اختلاطا لا يمكن التمييز بينهما أو يرثان مالا . والاختيارية أن يشتريا عينا أو يتبها أو يوصى لهما فيقبلان أو يستوليا على مال أو يخطئا مالهما ، وفي جميع ذلك كل واحد منهما أجنبي في نصيب الآخر لا يتصرف فيه إلا بأذنه لعدم إذنه له فيه ، ويجوز بيع نصيبه من شريكه في جميع الوجوه ، وأما من غيره لما ثبتت الشركة فيه بالخلط أو الاختلاط لا يجوز إلا بأذن شريكه ، لأن الخلط استهلاك معنى فأورث شبهة زوال ملك نصيب كل واحد منهما إلى صاحبه ، وفيما ثبت بالميراث والبيع والهبة والوصية يجوز بيع أحدهما نصيبه من أجنبي بغير إذن صاحبه ، لأن ملك كل واحد منهما قائم في نصيبه من كل وجه . وأما شركة العقود فركنها الإيجاب والقبول وهو أن يقول : شاركتك في كذا وكذا فيقول الآخر : قبلت . وشرطها أن يكون التصرف المعقود عليه قابلا للوكالة حتى لا يجوز على الاحتطاب وأشباهه ليكون الحاصل بالتصرف مشتركا بينهما إذ هو المطلوب من عقد الشركة (أما المفاوضة فهو أن يتساويا في التصرف والدين والمال الذي تصح فيه الشركة) لأنها في اللغة تقتضي المساواة ، يقال : فافوض يفافض : أي ساوى يساوى ، فلا بد من تحقق المساواة ابتداء وانتهاء وذلك فيما ذكرناه . أما المال فلائنه الأصل في الشركة ومنه يكون الربح . وأما التصرف فلائنه متى تصرف أحدهما تصرف لا يقدر الآخر عليه فانت المساواة ، وكذا في الدين لأن الذي يملك من التصرف في بيع الخمر والخنزير وشرائهما ما لا يملكه المسلم فلا مساواة بينهما ، فلهذا قلنا : لا يصح بينهما مفاوضة . وقال أبو يوسف رحمه الله : تنعقد المفاوضة بينهما ، لأن ما يملكه الذي من بيع الخمر والخنزير يملكه المسلم بالتوكيل فتحقت المساواة ، قلنا الذي يملك ذلك بنفسه

وَلَا تَصِحُّ إِلَّا بَيْنَ الْحُرَّيْنِ الْبَالِغَيْنِ الْعَاقِلَيْنِ الْمُسْلِمَيْنِ أَوْ الذَّيَّيْنِ ، وَلَا تَنْعَقِدُ إِلَّا بِلَفْظِ الْمَفَاوِضَةِ ، أَوْ تَبْيِينِ جَمِيعِ مُقْتَضَاهَا ، وَلَا يُشْتَرَطُ تَسْلِيمُ الْمَالِ وَلَا خَلْطُهُمَا ، وَتَنْعَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ وَالْكَفَالَةِ ، فَمَا يَشْتَرِيهِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَلَى الشَّرَكَةِ إِلَّا طَعَامَ أَهْلِهِ وَإِدَامَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُمْ وَكِسْوَتَهُ ، وَلِلْبَائِعِ مِطَالَبَةُ أَتَيْهَا شَاءَ بِالشَّمَنِ ،

وبنائه ، ولا كذلك المسلم فانفتت المساواة ، فاذا عقدا المفاوضة صارت عنانا عندهما لفوات شرط المفاوضة ووجود شرط العنان ، وكذلك كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا أمكن تصحيحا لتصرفهما بقدر الإمكان . قال (ولا تصح إلا بين الحرين البالغين العاقلين المسلمين أو الذميين) وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا لتساويهما في التصرف ولا تصح بين العبد والحر ، ولا بين الصبي والبالغ للفاوت بينهما ، فان الحر والبالغ يملكان الكفالة والتبرعات ، ولا كذلك الصبي والعبد ، أو يملكانها باذن الولي والمولى ، ولا تصح بين العبدین ولا بين الصبيين ولا بين المكاتبين ، لأن هؤلاء ليسوا من أهل الكفالة وأنها تنعقد على الكفالة على ما نبينه إن شاء الله تعالى . والأصل في جوازها قوله صلى الله عليه وسلم « فاوضوا فانه أعظم للبركة » ولأنها تشتمل على الوكالة والكفالة والشركة في الربح وكل واحد منها جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع . قال (ولا تنعقد إلا بلفظ المفاوضة) لأن العوام قلما يعلمون شرائطها ، وهذه اللفظة تتضمن شرائطها ومعناها (أو تبين جميع مقتضاها) لأن العبرة للمعاني . قال (ولا يشترط تسليم المال) لأن الدرهم والدنانير لا يتعينان في العقود . قال (ولا خلطهما) لأن المقصود الخلط في المشتري ، وكل واحد منهما يشتري بما في يده بخلاف المضاربة ، لأنه لا بد من التسليم ليتمكن من الشراء ، ويشترط حضوره عند العقد أو عند المشتري ، لأن الشركة تتم بالشراء لأن الربح به يحصل . قال (وتنعقد على الوكالة والكفالة) لأن المساواة بذلك تتحقق ، وهو أن يكون كل واحد منهما مطالبا بما طولب به صاحبه بالتجارة وهو الكفالة ، وأن يكون الحاصل في التجارة بفعل أيهما كان مشتركا بينهما وهي الوكالة ، فكان معنى المفاوضة وهو المساواة يقتضى الكفالة والوكالة ، فكان كل واحد منهما فوض إلى الآخر أمر الشركة على الإطلاق ورضى بفعله ، وذلك يقتضى الوكالة والكفالة أيضا . قال (فما يشتريه كل واحد منهما على الشركة) عملا بعقد المفاوضة (إلا طعام أهله وإدامتهم وكسوتهم وكسوته) والقياس أن يكون على الشركة بمقتضى العقد ، إلا أننا استحسنا ذلك للضرورة ، فان الطعام والكسوة من اللوازم ، ولا يمكن إيجادها من مال غيره فيجب في ماله ضرورة . قال (وللبائع مطالبة أيهما شاء بالثمن) بمقتضى الكفالة ثم يرجع الكفيل على المشتري بنصف

وَلَا تَكْفُلُ بِمَالٍ عَنْ أَجْنَبِيٍّ لَزِمَ صَاحِبَهُ (سم) ، فَإِنْ مَلَكَ أَحَدُهُمَا مَا تَصِحُّ فِيهِ الشَّرِكَةُ صَارَتْ عِنَانًا ، وَكَذَا فِي كُلِّ مَوْضِعٍ فَسَدَتْ فِيهِ الْمَفَاوِضُ لِفَوَاتِ شَرْطٍ لَا يَشْتَرِطُ فِي الْعِنَانِ ، وَلَا تَتَعَقَّدُ الْمَفَاوِضُ وَالْعِنَانُ إِلَّا بِالْأَرْهَامِ وَالْأَنْبَارِ وَتَبْرِيهِمَا إِنْ جَرَى التَّعَامُلُ بِهِ وَبِالْفُلُوسِ الرَّائِجَةِ ،

ما أدى لأنه كفيل أدى عنه بأمره . قال (وإن تكفل بمال عن أجنبيّ لزّم صاحبه) وقالوا : لا يلزمه لأنه تبرّع حتى لا يصحّ من الصبيّ والمأذون وصار بالإقراض ، وله أنه تبرّع ابتداء لما ذكر معاوضة انتهاء لأنه يجب له الضمان على المكفول عنه حتى لو كفّل عنه بغير أمره لا يلزم شريكه ، وبالنظر إلى المعاوضة يلزم شريكه والإقراض ممنوع أو يقول هو إعارة ، ولهذا لا يصحّ فيه التأجيل ، وللمردود في الإعارة حكم العين لاحكم البدل ، فلم توجد المعاوضة وضمان الغصب والاستهلاك كالكفالة لأنه معاوضة انتهاء ، وكذا ما يلزم أحدهما من الديون بسبب تصحّ فيه الشركة كالباع والإجارة ونحوهما يلزم شريكه ، وما لزم بسبب لاتصحّ فيه الشركة لا يلزم كالنكاح وبدل الخلع والصلح عن دم الممد ونحوه . قال (فإن ملك أحدهما ما تصحّ فيه الشركة صارت عناناً) لزوال المساواة ، وذلك مثل الإرث والوصية والأتاهب والمساواة في العنان ليست بشرط فتصير عناناً لوجود شرائطها (وكذا في كل موضع فسدت فيه المعاوضة لفوات شرط لا يشترط في العنان) فتصير عناناً وإن ملك شيئاً لاتصحّ فيه الشركة كالعقار والعروض ، فالمعاوضة بحالها لأن ذلك لا يبطّلها في الابتداء فكذا حالة البقاء . قال (ولا تتعقد المعاوضة والعنان إلا بالأدرام والدنانير وتبريها إن جرى التعامل به وبالفلوس الرائج) أما الدراهم والدنانير فلائهما ثمن الأشياء خلقه ووضعوا لاختلاف في ذلك . وأما التبر فقبل يجوز مطلقاً لأن الذهب والفضة خلقا ثمينين ؛ وقبل لا يجوز إلا بالتعامل وهو الأصحّ لأنهما وإن خلقا للثمنية لكن بوصف الضرب حتى لا ينصرف الاسم عند الإطلاق إلى التبر ، وإنما ينصرف إلى المضروب ، إلا أنا أجرينا التعامل بجرى الضرب عملاً بالعرف فألحقناه بهما عند التعامل ؛ وإن كان لأحدهما دراهم وللآخر دنانير ، أو لأحدهما سود وللآخر يفيض جازت المعاوضة إن استوت قيمتهما ، لأنه جنس واحد من حيث الثمنية ، وإن تفاضلا في القيمة لاتصحّ معاوضة وتصير عناناً لما تقدّم . وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله : أنه لا يجوز وإن استويا في القيمة ، وهو قول زفر ، لأن الشركة تنفى عن الخلطة ، ولا اختلاط مع اختلاف الجنس . وجوابه أنهما جنس واحد من حيث الثمنية نظراً إلى المقصود على ما بينا . وأما الفلوس فلائها إذا راجت التحققت بالأثمان . وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله : أنه لا يجوز لأن ثمنيتها تتعين بالاصطلاح ومحمد

وَلَا تَصِيحُ بِالْعُرُوضِ (ف) إِلَّا أَنْ يَبِيعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عُرُوضِهِ بِنِصْفِ عُرُوضِ الْآخَرِ إِذَا كَانَتْ قِيمَتَاهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، ثُمَّ يَعْقِدَانِ الشَّرِكَةَ وَشَرِكَةُ الْعَيْنَانِ تَصِيحُ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ ، وَتَصِيحُ مَعَ التَّفَاضُلِ فِي الْمَالِ وَالتَّسَاوِي فِي الرَّبْحِ إِذَا عَمِلَا أَوْ شَرَطَا زِيَادَةَ الرَّبْحِ لِلْعَامِلِ ،

مرّ على أصله في ثمنيتها حتى لا تتعين بالتعين حالة النفاق والرواج. قال (ولا تصح بالعروض) لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن ، لأنه لا بد من بيعها ، فإذا باع أحدهما عروضه بألف وباع الآخر عروضه بألف وخمسة ومقتضى العقد الشركة في الكيل ، فإيا أخذه صاحب الألف زيادة على الألف ربح مالم يضمن ، وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ربح مالم يضمن . قال (إلا أن يبيع أحدهما نصف عروضه بنصف عروض الآخر إذا كانت قيمتهما على السواء) فتتعدّد شركة أملاك (ثم يعقدان الشركة) على قيمتها وهذه شركة العروض ، وإن اشتركا على أن يبيع كل واحد منهما عروضه ويكون ثمنه بينهما لا يجوز لما تقدّم . وتصح الشركة بالكيل والموزون والمعدود المتفاوت إذا خلطا واتحد الجنس ، وما ربحا لهما والوضيعة عليهما . وذكر الكرخي أن عند أبي يوسف رحمه الله : هي شركة أملاك لأنها ليست بأثمان فلا يصح التفاضل في الربح . وعند محمد : تصح شركة عقد بالخلط لأنها تصلح ثمننا لوجوبها دينا في الدمة ، إلا أن قبل الخلط لا تتحقق الوكالة ، فإنه لو قال له : اشتر بمنطقتك شيئا على أن يكون بيننا لا يصح ، لأن توكيل الغير ببيع ملك نفسه لا يجوز ، وبعد الخلط تتحقق الوكالة فصحت الشركة . قال (وشركة العنان تصح مع التفاضل في المال) إلا أنها لا تقتضي المساواة فيجوز أن يشتركا في عموم التجارات وفي خصوصها وبيع مالها لأنها تنبئ عن الحبس ، يقال : عن الرجل إذا حبس ، والعين محبوس عن النساء ، والعنان يحبس الدابة عن بعض الإطلاقي ، فكأن شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ، أو حبس شريكه عن بعض التجارات في ماله ، وتعتبر قيمة رأس المسالين المختلفين يوم الشركة ، لأنه إنما يستحق زيادة الربح بالشرط يوم الشركة ، ويعتبر قيمتهما يوم الشركة أيضا ، لأن عند القسمة يظهر الربح . قال (وتصح مع التفاضل في المال والتساوي في الربح إذا عملا أو شرطا زيادة الربح للعامل) وقال زفر : لا تصح المساواة في المال والتفاوت في الربح ولا على العكس ، ولا يجوز إلا أن يكون الربح على قدر رأس المال ، لأنه يؤدي إلى ربح مالم يضمن كالمفاوضة ، ولأنه لا يجوز اشتراط الوضيعة هكذا فكذا الربح . ولنا قول على رضي الله عنه : الربح على ما اشترط المتعاقدان ، والوضيعة على المال . ولأن الربح كما يستحق بالمال يستحق بالعمل

وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة فالربح على ما شرط والوضيعة على قدر المالكين ، وتنعقد على الوكالة ، ولا تنعقد على الكفالة ولا تصح فيها لاتصيح الوكالة به كالاختطاب والاحتشاش ، وما جمعه كل واحد منهما فهو له ، فإن أعانه الآخر فله أجر مثله ، وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة . وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرط ، ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن ، وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة ،

كالمضارب ، فإن أحدهما قد يكون أعرف بأمور التجارات وأهدى إلى البياعات فلا يرضى بالمساواة (وإذا تساوى في المال وشرطا التفاوت في الربح والوضيعة ، فالربح على ما شرط والوضيعة على قدر المالكين) قال صلى الله عليه وسلم « الربح على ما شرط والوضيعة على قدر المالكين » من غير فصل ، ولأننا جوزنا اشتراط زيادة الربح بمقابلة العمل تقديرا . أما زيادة الوضعة فلا وجه لها ، وصار كما إذا شرط الوضعة على المضارب فإنه لا يصح كذلك هنا . قال (وتنعقد على الوكالة) لما مر (ولا تنعقد على الكفالة) لأنها إنما ثبتت في المفاوضة قضية للمساواة ولا مساواة هنا . قال (ولا تصح فيما لا ترسخ الوكالة به كالاختطاب والاحتشاش) لأن الوكالة في ذلك باطلة لأنها مباحة ، لأن الآخذ يملكه بدون التوكيل فيكون فاعلا لنفسه ، ومن ذلك اجتناء الثمار من الجبال والاصطياد وحفر المعادن وأخذ الملح والحصص والكحل وغيرها من المباحات (وما جمعه كل واحد منهما فهو له) دون صاحبه لأنه مباح سبقت يده عليه (فإن أعانه الآخر فله أجر مثله) بالغ ما بلغ لأن الشركة متى فسدت صارت إجارة فاسدة ، ولو استأجره في ذلك بنصف المجموع كان له أجر المثل بالغ ما بلغ كذلك هنا . وقال أبو يوسف : له أجر مثله لا يجاوز به نصف الثمن تحقيقا للفائدة ، وهذه الشركة فاسدة . قال (وإن هلك المالكان أو أحدهما في شركة العنان قبل الشراء بطلت الشركة) أما إذا هلكا فلأن المعقود عليه المال وأنه يتعين فيها كالمطالبة والوصية وقد هلك فيبطل العقد كالبيع ، وأما إذا هلك أحدهما فلأن الآخر ما يرضى بشركة في ماله إلا ليشركه في ماله أيضا ، وقد فانت الشركة في المالك فيفوت الرضى فيبطل العقد . قال (وإن اشترى أحدهما بماله ثم هلك مال الآخر فالمشترى بينهما على ما شرط) لانعقاد الشركة وقت الشراء (ويرجع على صاحبه بحصته من الثمن) لأنه اشترى له بالوكالة ونقد الثمن من ماله فيرجع عليه لما مر (وإن هلك أحد المالكين ثم اشترى أحدهما فالمشترى لصاحب المال خاصة) لأن الوكالة بطلت بهلاك أحد المالكين كما تقدم فيكون

وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَشْرَطَا لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمَ مُسَمَّاةً مِنَ الرَّبْحِ ؛ وَلِشْرِيكَ
الْعِنَانِ وَالْمُفَاوِضِ أَنْ يُوَكَّلَ وَيُبْضِعَ وَيُضَارِبَ وَيُودِعَ وَيَسْتَأْجِرَ عَلَى
الْعَمَلِ ، وَهُوَ أَمِينٌ فِي الْمَالِ . وَشَرِكَةُ الصَّنَائِعِ : أَنْ يَشْتَرِكَ صَانِعَانِ اتَّفَقَا
فِي الصَّنْعَةِ أَوْ اخْتَلَفَا عَلَى أَنْ يَتَقَبَّلَا الْأَعْمَالَ وَيَكُونُ الْكَسْبُ بَيْنَهُمَا فَيَجُوزُ ،
وَمَا يَتَقَبَّلُهُ أَحَدُهُمَا يَلْزَمُهُمَا ، فَيُطَالَبُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْعَمَلِ وَيُطَالَبُ
بِالْأَجْرِ .

مشتريا لنفسه خاصة ، وإن كانا نصبا على الوكالة في عقد الشركة كان المشتري بينهما على
ما شرطا وتكون شركة أملاك ، لأن الشركة بطلت لما بينا ، والمشتري بحكم الوكالة المصرح
بها لا يحكم الشركة المعقودة فكانت شركة أملاك ، ويرجع عليه بحصته من الثمن لما مر .
قال (ولا يجوز أن يشترطا لأحدهما دراهم مسماة من الربح) لأنه قلدي لا يربح ما سميا أو يربح
ذلك لا غير فتبطل الشركة فكان شرطا مبطلا للشركة فلا يجوز . قال (ولشريك العنان
والمفاوض أن يوكل ويضع ويضارب ويودع ويستأجر على العمل) لأن كل ذلك من
أفعال التجار (وهو أمين في المال) لأنه قبضه من المالك باذنه وليس له أن يشارك ، لأن
الشيء لا يستتبع مثله . فلو شارك المفاوض عنانا جاز عليهما لأنه دون المفاوضة ، ولو
فاوضه جاز بإذن شريكه . فان لم يأذن يتعقد عنانا لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فإذا أجاز
المفاوضة كانت شركة مبتدأة وإلا فهي عنان لأنه لا بد له من الاستعانة بغيره وهذا دونه
فيجوز كالضارب له أن يوكل وليس له أن يضارب . قال (وشركة الصنائع) وتسمى
شركة النقبل . وهي (أن يشترك صانعان اتفقا في الصنعة أو اختلفا على أن يتقبلا الأعمال
ويكون الكسب بينهما فيجوز) وقال زفر : لا يجوز مع اختلاف العمل لأن الشركة تنهى
عن الخلطة ولا اختلاط مع الاختلاف . ولنا أنها شركة في ضمان العمل وفيما يستفاد به وهو
الأجر لافي نفس العمل . والوكالة فيه ممكنة . لأن ما يتقبل كل واحد منهما من العمل فهو
أصيل في نصفه وكيل في نصفه . وبذلك تتحقق الشركة . ولو استويا في العمل وتفاضلا
في المال جاز أيضا . لأن الأجرة بدل عملهما . وأنهما يتزاهيان فيكون أحدهما أجود عملا
وأحسن صناعة فيجوز . والقياس أن لا يجوز لأنه يؤدي إلى ربح ما لم يضمن ، لأن الضمان
بقدر العمل فالزيادة عليه زيادة ربح ما لم يضمن . قلنا المسأخذ هنا ليس بربح . لأن الربح
يقتضى اجتناسه بينه وبين رأس المال ولا اجتناسه . لأن رأس المال هو العمل والربح مال
فكان بدل العمل على ما بينا . قال (وما يتقبله أحدهما يلزمهما فطالب كل واحد منهما
بالعمل ويطالب بالأجر) استحسانا . والقياس أنه لا يملك شريكه . لأن ذلك مقتضى
المفاوضة والشركة هنا مطلقة . وجه الاستحسان أن هذه الشركة تقتضي العنان حتى كان

وَشَرِكَةُ الْوُجُوهِ جَائِزَةٌ ، وَهِيَ أَنْ يَشْتَرِكَا عَلَى أَنْ يَشْتَرِيَا بَوُجُوهِمَا وَيَبْيَعَا ، وَتَنْتَقِدُ عَلَى الْوَكَالَةِ ، وَإِنْ شَرَطَا أَنْ الْمُشْتَرَى بَيْنَهُمَا فَالرَّيْحُ كَذَلِكَ ، وَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِيهِ ، وَإِنْ اشْتَرَا وَلَا أَحَدُهُمَا بِغُلٍّ وَلِلْآخَرِ رَاوِيَةٌ يَسْتَقِي الْمَاءَ لَا يَصِيحُ ، وَالْكَسْبُ لِلْعَامِلِ ، وَعَلَيْهِ أَجْرَةٌ بِغُلٍّ الْآخَرِ أَوْ رَاوِيَتِهِ ، وَالرَّيْحُ فِي الشَّرِكَةِ الْفَاسِدَةِ عَلَى قَدْرِ الْمَالِ وَيَبْطُلُ شَرْطُ الزِّيَادَةِ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ ، أَوْ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ مُرْتَدًّا بَطَلَتِ الشَّرِكَةُ ، وَلَيْسَ لِأَحَدِ الشَّرِيكَيْنِ أَنْ يُوَدِّيَ زَكَاةَ مَالِ الْآخَرِ إِلَّا بِإِذْنِهِ ، فَإِنْ أَذِنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ فَأَدْيَا مَعَ ضَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمَنِ الثَّانِي لِلأَوَّلِ عَلِيمٌ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ .

ما يقبله كل واحد منهما مضمونا على الآخر، ويستوجب الأجر بما تقبله شريكه فكان كالمفاوضة في ضمان الأعمال والمطالبة بالأبدال . قال (وشركة الوجوه جائزة) وتسمى شركة المفايلس (وهي أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) سميت بذلك لأن الشراء بالنسيئة إنما يكون لمن له وجهة عند الناس ، والتعامل بذلك جائزين الناس من غير نكير . قال (وتنتقد على الوكالة) لأن التصرف على الغير إنما يجوز بوكالته إذ لا ولاية عليه وهذا عند الإطلاق ، ولو شرط الكفالة أيضا جاز وتكون مفاوضة لأنه يمكن تحقيق ذلك ، لكن عند الإطلاق بصرف إلى العنان لأنه أدنى . قال (وإن شَرَطَا أن المشتري بينهما فالربح كذلك ، ولا تجوز الزيادة فيه) لأن استحقاق الربح بالضمان ، والضمان يتبع الملك في المشتري فينتقل بغيره . قال (وإن اشتركا ولأحدهما بغل وللآخر راوية يستقي الماء لا يصيح ، والكسب للعامل) لأن الماء مباح وأخذ لا يستفاد بالوكالة وقد تقدم (وعليه أجره بغير الغل الآخر أو راويته) لأنه قد انتفع بملك الغير بعقد فاسد فيلزمه أجرته . قال (والربح في الشركة الفاسدة على قدر المال ويبطل شرط الزيادة) لأن الربح تبع لرأس المال فيتبعه في الملكية ، والزيادة إنما تستحق بالشرط وقد بطل . قال (وإذا مات أحد الشريكين أو لحق بدار الحرب مرتدًّا بطلت الشركة) لتضمنها الوكالة ، وهي تبطل بذلك على ما مر . قال (وليس لأحد الشريكين أن يوَدِّيَ زكاة مال الآخر إلا بإذنه) لأن ذلك ليس بداخل في الشركة لأنه ليس من التجارة (فإن أذن كل واحد منهما لصاحبه فأدْيَا مَعَ ضَمَنِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَصِيبَ صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَدْيَا مُتَعَاقِبًا ضَمَنِ الثَّانِي لِلأَوَّلِ عَلِيمٌ بِأَدَائِهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) عند نزحته رحمة الله ، وعنه إن لم يعلم لا يضمن وهو قولهما ، لأنه مأمور بالدفع إلى الفقير وقد فعل . وله أنه مأمور بالدفع إليه زكاة ، والمدفوع لم يقع زكاة فكان مخالفا ، ولأن أمره بأداء يخرججه عن العهدة ولم يوجد فكان مخالفا فيضمن ، والله أعلم .

كتاب المضاربة

المُضَارِبُ شَرِيكُ رَبِّ الْمَالِ فِي الرَّبْحِ وَرَأْسُ مَالِهِ الضَّرْبُ فِي الْأَرْضِ ، فَإِذَا سَلَّمَ رَأْسُ الْمَالِ إِلَيْهِ فَهُوَ أَمَانَةٌ ، فَإِذَا تَصَرَّفَ فِيهِ فَهُوَ وَكِيلٌ ،

كتاب المضاربة

وهي مفاعلة من الضرب ، وهو السير في الأرض ، قال الله تعالى ، وإذا ضربتم في الأرض - الآية ، وسمى هذا النوع من التصرف مضاربة لأن فائدته وهو الربح لا تحصل غالبا إلا بالضرب في الأرض ، وهي بلغة الحجاز مقارضة ، وإنما اخترنا المضاربة لموافقتها نص القرآن ، وهو قوله تعالى - وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله - أى يسافرون للتجارة ، وهو عقد مشروع بالآية وبالسنة ، وهو ما روى أن العباس كان يدفع ماله مضاربة ، ويشترط على مضاربه أن لا يسلك به بحرا وأن لا ينزل واديا ولا يشتري به ذات كبد رطبة (١) فان فعل ذلك ضمن ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وأجازه ، وبعث عليه الصلاة والسلام والناس يتعاملونه فأقرهم عليه ، وعن عمر رضى الله عنه أنه دفع مال اليتيم مضاربة وعليه الإجماع ، ولأن للناس حاجة إلى ذلك لأن منهم الغنى الغنى عن التصرفات ، والفقر الذكى العارف بأنواع التجارات فست الحاجة إلى شرعيته تحصيليا لمصلحتها . وتنعقد بقوله دفعت هذا المال إليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة ، أو خلد هذا المال واعمل فيه على أن لك نصف الربح أو ثلثه أو قال : خلد هذه الألف واعمل بها بالنصف أو بالثلث استحسانا ، لأن البيع والشراء صار مذكورا بذكر العمل ، والنصف متى ذكر عقيب البيع والشراء يراد به النصف من الربح عرفا وأنه كالمشروط ، ولو قال : خلد هذا المال بالنصف كان مضاربة استحسانا عملا بالعرف . وشرائطها خمسة : أحدها أنها لا تجوز إلا بالنقدين . الثانى : إعلام رأس المال عند العقد ، إما بالإشارة أو بالتسمية ، ويكون مسلما إلى المضارب . الثالث : أن يكون الربح شائعا بينهما . الرابع : إعلام قدر الربح لكل واحد منهما . الخامس : أن يكون المشروط للمضارب من الربح ، حتى لو شرطه من رأس المال أو منهما فسدت على ما يأتيك إن شاء الله تعالى .

قال (المضارب شريك رب المال في الربح ، ورأس ماله الضرب في الأرض) لأنه لو لم يكن شريكه في الربح لا يكون مضاربة على ما بينته إن شاء الله . قال (فإذا سلم رأس المال إليه فهو أمانة) لأنه قبضه بإذن المالك (فإذا تصرف فيه فهو وكيل) لأنه تصرف

(١) قوله كبد رطبة : المراد بها المواشى .

فَإِذَا رَجَعَ صَارَ شَرِيكَاً ، فَإِنْ شَرِطَ الرَّبْحُ لِلْمُضَارِبِ فَهُوَ قَرْضٌ (ف) ، وَإِنْ شَرِطَ لِرَبِّ الْمَالِ فَهُوَ بَيْضَاعَةٌ ، وَإِذَا فَسَدَتِ الْمُضَارِبَةُ فَهِيَ لِجَارَةِ فَاسِدَةٍ ، وَإِذَا خَالَفَ صَارَ غَاصِباً ، وَلَا تَصِحُّ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الرَّبْحُ بَيْنَهُمَا مَشَاعاً ، فَإِنْ شَرِطَ لِأَحَدِهِمَا دَرَاهِمٌ مُسَمَّاةٌ فَسَدَتْ ، وَالرَّبْحُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَجْرٌ مِثْلُهُ ، وَاشْتِرَاطُ الْوَضِيعَةِ عَلَى الْمُضَارِبِ بَاطِلٌ ، وَلَا بُدَّ أَنْ يَكُونَ الْمَسَالُ مُسَكَّمًا إِلَى الْمُضَارِبِ ، وَلِلْمُضَارِبِ أَنْ يَبِيعَ وَيَشْتَرِيَ بِالنَّقْدِ وَالنَّسِئَةِ وَيُوكَلَ وَيُسَافَرُ وَيُبْضِعَ ، وَلَا يُضَارِبُ إِلَّا بِأَذْنِ رَبِّ الْمَالِ ، أَوْ يَقُولَهُ : اعْمَلْ بِرَأْيِكَ ،

فيه بأمره (فإذا رجع صار شريكاً) لأنه ملك جزءاً من الربح (فإن شرط الربح للمضارب فهو قرض) لأن كل ربح لا يملك إلا بملك رأس المال ، فلما شرط له جميع الربح فقد ملكه رأس المال ، ثم قوله مضاربة شرط لردّه فيكون قرضاً (وإن شرط لربّ المال فهو بضاعه) هذا معناها عرفاً وشرعاً (وإذا فسدت المضاربة فهي إجارة فاسدة) لأنه عمل له بأجر مجهول فيستحقّ أجر مثله لما مرّ (وإذا خالف صار غاصباً) لأنه تصرف في ملك الغير بغير رضاه فكان غاصباً ، ولا تصحّ إلا بما تصحّ به الشركة . قال (ولا تصحّ إلا أن يكون الربح بينهما مشاعاً ، فإن شرط لأحدهما دراهم مسماة فسدت) لما مرّ في الشركة ، وكذا كل شرط يوجب الجهالة في الربح يفسدها لاختلال المقصود (والربح لربّ المال) لأن الربح تبع للمال لأنه نماؤه (وللمضارب أجر مثله) لأنها فسدت ولا يتجاوز به المسمى عند أبي يوسف ، وهو نظير مامرّ في الشركة الفاسدة ، وهكذا كل موضع لا تصحّ فيه المضاربة . ونجيب الأجرة وإن لم يعمل لأن الأجير يستحقّ الأجرة بتسليم نفسه وقد سلم . وعن أبي يوسف أنه لا يستحقّ حتى يربح كالصبيحة ، والمال أمانة كالصبيحة ، أو لأنه أجير خاصّ . قال (واشترط الوضعية على المضارب باطل) لما روي عن عليّ رضي الله عنه أنه قال : الربح على ما اشترطوا عليه ، والوضعية على المال ولأنه تصرف فيه بأمره فصار كالوكيل . قال (ولا بدّ أن يكون المال مسلماً إلى المضارب) لأنه لا يقدر على العمل إلا باليد ، فيجب أن تخلص يده فيه وتنقطع عنه يد ربّ المال . قال (وللمضارب أن يبيع ويشترى بالنقد والنسيئة ويوكل ويسافر ويبضّع) وأصله أن المضارب مأمور بالتجارة ، فيدخل تحت الإذن كل ما هو تجارة أو ما لا بدّ للتجارة منه : كالبيع والشراء والباقي من أعمال التجارة ، وكذلك الإيداع ولأنها دون المضاربة فيدخل تحت الأمر . قال (ولا يضارب إلا بأذن ربّ المال ، أو بقوله : اعمل برأيك) لأن الشيء لا يستتبع مثله لاستوائهما في القوة فاحتاج إلى التنصيص أو مطلق التفويض ، إلا أنه ليس

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَعَدَّى الْبَلَدَ وَالسَّلْعَةَ وَالْمُعَامِلَ الَّذِي عَيْنُهُ رَبُّ الْمَالِ ، وَأَنْ
وَقَتَّ لَهَا وَقَتَّا بَطَلَتْ بِمُضِيِّهِ ؛ وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَزُوجَ عَبْدًا وَلَا أُمَّةً مِنْ مَالِ
الْمُضَارَبَةِ ، وَلَا يَشْتَرِيَ مَنْ يَعْتَقُ عَلَى رَبِّ الْمَالِ ،

له الإقراض لأن الإطلاق فيما هو من أمور التجارة لا غير . قال (وليس له أن يتعدى البلد
والسلعة والمعامل الذي عينه رد المال) لما روينا من حديث العباس رضى الله عنه . وعن
ابن مسعود رضى الله عنه أنه دفع المال مضاربة وقال : لا تسلف مالنا في الحيوان ، ولأنها
وكالة ، وفي التخصيص فائدة فيتخصص ، ولو خالفه كان مشتريا لنفسه وربحه له ، لأنه
لما خالف صار غاصبا فأخذ حكم الغصب ، ثم قيل يضمن بنفس الإخراج من البلد لوجود
الخالفة ، وقيل لا يضمن ما لم يشتر لاحتمال عوده إلى البلد قبل الشراء ، فإذا عاد زال الضمان
وصار مضاربة على حاله بالعقد الأول كالمودع إذا خالف ثم عاد .

والمضاربة نوعان : عامة ، وخاصة . فالعامة نوعان : أحدهما أن يدفع المال إليه
مضاربة ولم يقل له اعمل برأيك ، فيملك جميع التصرفات التي يحتاج إليها في التجارة ويدخل
فيه الرهن والارتهان والاستئجار والخط بالعب والاحتيايل بمال المضاربة ، وكل ما يعمل
التجار غير التبرعات والمضاربة والشركة والخلط والاستدانة على المضاربة ، وقد مر الوجه
فيه . والثاني أن يقول له : اعمل برأيك ، فيجوز له ما ذكرنا من التصرفات والمضاربة والشركة
والخلط لأن ذلك مما يفعله التجار ، وليس له الإقراض والتبرعات لأنه ليس من التجارة .
فلا يتناوله الأمر . والخاصة ثلاثة أنواع : أحدها أن يخصه ببلد فيقول : على أن تعمل
بالكوفة أو بالبصرة . والثاني أن يخصه بشخص بعينه بأن يقول : على أن تبيع من فلان
وتشتري منه ، فلا يجوز التصرف مع غيره لأنه قيد مفيد لجواز وثوقه به في المعاملات .
الثالث أن يخصه بنوع من أنواع التجارات بأن يقول له : على أن تعمل به مضاربة في البر
أو في الطعام أو في الصرف ونحوه ، وفي كل ذلك يتقيد بأمره ولا يجوز له مخالفته لأنه مقيد
وقد مر الوجه فيه ، ولو قال : على أن تعمل بسوق الكوفة فعمل في موضع آخر منها جاز
لأن أماكن المصر كلها سواء في السفر والتقدم والأمن ، ولو قال : لا تعمل إلا في سوق فعمل
في غيره ضمن لأنه صرح بالنهي ، ولو دفع المال مضاربة في الكوفة على أن يشتري من
أهلها فاشترى من غيرهم فيها جاز لأن المقصود المكان عرفا ، وكذلك لو دفعه مضاربة
في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيعهم فاشترى من غيرهم جاز لأن المراد النوع
عرفا . قال (وإن وقت لها وقتا بطلت بمضيه) لأن التوقيت مقيد وهو وكيل فيتقيد بما وقته
كالتمديد بالنوع والبلد . قال (وليس له أن يزوج عبدا وَلَا أُمَّةً مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ) وهو
على الخلاف الذي مر في المسأون . قال (ولا يشتري من يعتق على رب المال) لأنه يعتق

فَإِنْ فَعَلَ ضَمِنَهُ ، وَلَا مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ فِي الْمَالِ رِبْحٌ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
فِي الْمَالِ رِبْحٌ فَاشْتَرَى مَنْ يَعْتَقُ عَلَيْهِ صَحَّ الْبَيْعُ ، فَإِنْ رِبَحَ عَتَقَ نَصِيبَهُ
وَيَسْعَى الْعَبْدُ فِي قِيَمَةِ نَصِيبِ رَبِّ الْمَالِ ؛ فَلَكَ دَقْعٌ إِلَيْهِ الْمَالِ مُضَارَبَةً
وَقَالَ : مَا رَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ وَأَذِنَ لَهُ فِي الدَّفْعِ مُضَارَبَةً ، فَدَقَعَ إِلَى
آخِرِ الثَّلَاثِ فَنِصْفُ الرِّبْحِ لِرَبِّ الْمَالِ بِالْشَّرْطِ ، وَالسُّدُسُ لِلأَوَّلِ ، وَالثَّلَاثُ
لِلثَّانِي ، وَإِنْ دَقَعَ الْأَوَّلُ إِلَى الثَّانِي بِالنِّصْفِ فَلَا شَيْءَ لَهُ ، وَإِنْ دَفَعَهُ عَلَى أَنْ
لِلثَّانِي الثَّلَاثَيْنِ ضَمِنَ الْأَوَّلُ لِلثَّانِي قَدْرَ السُّدُسِ مِنَ الرِّبْحِ ؛ وَلَوْ قَالَ :
مَا رَزَقَكَ اللَّهُ فِئْلِي نِصْفَهُ فَمَا شَرَطَهُ لِلثَّانِي فَهُوَ لَهُ ۝ وَالْبَاقِي بَيْنَ رَبِّ الْمَالِ
وَالْمُضَارِبِ الْأَوَّلِ نِصْفَانِ ؛

عليه فتبطل المضاربة ، وهو إما وكله بالتصرف في المال لا بإبطال العقد (فان فعل ضمنه)
معناه صار مشترياً لنفسه فيضمن الثمن كالوكيل بالشراء إذا خالف . قال (ولا من يعتق
عليه إن كان في المال ربح) لأنه يملك نصيبه فيعتق عليه فيفسد الباقي أو يعتق فيمتنع
التصرف فيه ، فان اشتراه كان مشترياً لنفسه فيضمن الثمن لأنه أداه من مال الغير . قال
(فإن لم يكن في المال ربح فاشترى من يعتق عليه صحَّ البيع) لعدم المانع (فإن ربح عتق
نصيبه) لأنه ملك قريبه ولا ضمان عليه لأنه عتق بالربح لا بصنعه (ويسمى العبد في قيمة
نصيب رب المال) لأن ماليته صارت محبوسة عنده فيسعى كالعبد الموروث إذا عتق على
أحد الورثة يسعى في نصيب الباقي . قال (فلو دفع إليه المال مضاربة وقال : ما رزق
الله بيننا نصفان وأذن له في الدفع مضاربة ، فدفع إلى آخر بالثلث فنصف الربح لرب
المال بالشرط ، والسدس للأول ، والثلث للثاني) لأنه لما شرط رب المال لنفسه النصف
بقى النصف للمضارب ، فلما شرط الثلث للثاني انصرف تصرفه إلى نصيبه فيبقى له السدس
ويطيب له كأجير الخياط (وإن دفع الأول إلى الثاني بالنصف فلا شيء له) لأنه جعل
نصفه للثاني فلم يبق له شيء ، كمن استأجره لخياطة ثوب بدينهم فاستأجر غيره ليخطه
بدينهم (وإن دفعه على أن للثاني الثلثين ضمن الأول للثاني قدر السدس من الربح) لأنه
ضمن للثاني ثلثي الربح وبعضه وهو النصف ملكه وبعضه وهو السدس ملك رب المال فلا ينفذ
لأنه إبطال ملك الغير لكن التسمية صحيحة لكونها معلومة في عقد يملكه ، وقد ضمن له
السلامة فيلزمه الوفاء ، وصار كمن استأجر خياطاً لخياطة ثوب بدينهم فاستأجر الخياط غيره
ليخطه بدينهم ونصف (ولو قال : ما رزقك الله فلي نصفه ، فما شرطه للثاني فهو له) عملاً
بالشرط لأنه ملكه من جهة رب المال (والباقي بين رب المال والمضارب الأول نصفان)

يَوَلَّوْا قَالِ : عَلَى أَنْ مَارَزَقَ اللَّهُ بَيْنَنَا نِصْفَانِ فَدَقَعَهُ إِلَى آخِرَ بِالنِّصْفِ فَدَقَعَهُ
الثَّانِي إِلَى ثَالِثٍ بِالثُّلُثِ فَالنِّصْفُ لِرَبِّ الْمَالِ ، وَالثَّالِثُ الثُّلُثُ ، وَالثَّانِي السُّدُسُ
وَلَا شَيْءَ لِلْأَوَّلِ ،

لأن ربَّ المال جعل لنفسه نصف ما رزقه الله ، وإنما رزقه نصف الربح فيكون بينهما
نصفان ، وكذلك إذا قال ، ماريحت أو كسبت أو رزقت أو ما كان لك فيه من فضل
أو ربح فهو بيننا نصفان ، فانه ينطلق إلى ما بعد ما شرط للثاني لما بينا (ولو قال : على أن
ما رزق الله بيننا نصفان فدفعه إلى آخر بالنصف فدفعه الثاني إلى ثالث بالثلث فالنصف
لربِّ المال ، وللثالث الثلث ، وللثاني السدس ولا شيء للأوّل) لأنه لما شرط النصف
للثاني وانصرف إلى نصيبه لما بينا فلم يبق له شيء والباقي على ما شرطاه لما بينا . وإذا لم يؤذن
للمضارب في الدفع مضاربة فدفعه إلى غيره مضاربة ضمن عند زفر لوجود المخالفة ،
وقالا : لا يضمن ما لم يعمل لأن الدفع لا يتقرر مضاربة إلا بالعمل ، وقال أبو حنيفة :
لا يضمن ما لم يربح لما بينا في أوّل الباب أن الدفع قبل العمل أمانة وبعد العمل مباذعة وهو
يملك ذلك ، فإذا ربح صار شريكا في المال فيضمن كما إذا خلط بمال آخر ولا ضمان على
الثاني لأن فعله يضاف إلى الأوّل ، لأنه هو الذي أثبت له ولاية التصرف ، فان استهلكه
الثاني فالضمان على الأوّل خاصة ، وعندهما يضمن الثاني وهو نظير مودع المودع ، والأشهر
أنه يخير ههنا فيضمن أيهما شاء الأوّل لما بينا والثاني لإبطاله حتى ربَّ المال فكان متعديا
في حقه ، ولو كانت المضاربة فاسدة لاضمان عليه لأن الثاني أجبر فيه ، وله أجر مثله فلا
يكون شريكا ، ولو دفع المال إلى رجلين مضاربة بالنصف وقال : اعملا برأيكما ، أو لم
يقبل فليس لأحدهما أن يتفرد لأن التجارة يحتاج فيها إلى الرأي ، فان عمل أحدها بنصف
المال بغير أمر صاحبه ضمن النصف ، وإن عمل بأمر الآخر لم يضمن لأنه كالوكيل عنه ،
وما ربح نصفه لربِّ المال ونصفه بينهما نصفان .

فصل

ونفقة المضارب في مال المضاربة ما دام في سفره حتى يعود إلى مصره ، وإن كان
ما دون مدة السفر إذا كان لا يبيت بأهله ، وإن كان يبيت فلا نفقة له ، وكذا لانفقة له
ما دام في مصره ، لأن النفقة جزاء الاحتباس ، فإذا كان في مصره لا يكون محتسبا في المضاربة
وفي السفر يكون محتسبا فيها ، وإذا اتخذ مصرا آخر دارا أو تزوج به فهو كمصره ونفقته
في الحاجة الدارة كالطعام والشراب والكسوة وفراش النوم ودابة الركوب وعلفها ومن
يطبخ له ويغسل ثيابه وأجرة الحمام ودهن السراج والحطب ، وتجب نفقة مثله بالمعروف
ونفقة غلمانته ودوابه الذين يعملون معه في المال ، وتحتسب النفقة من الربح ، فان لم يكن

وَتَبْطُلُ الْمُضَارَبَةُ: بِمَوْتِ الْمُضَارِبِ ، وَبِمَوْتِ رَبِّ الْمَالِ ، وَبِرُدَّةِ رَبِّ الْمَالِ ، وَلِخَافِهِ مُرْتَدًّا ؛ وَلَا تَبْطُلُ بِرُدَّةِ الْمُضَارِبِ ، وَلَا بِتَعَزُّلِ بَعْزِهِ مَا لَمْ يَعْلَمْ ، فَلَئِنْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْعَزْلِ قَبْلَ الْعِلْمِ نَقَدَ ، فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَزْلِ وَالْمَالُ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ ، وَإِذَا افْتَرَقَا فِي الْمَالِ دَيُونٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِبْحٌ وَكُلُّ رَبِّ الْمَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ أَجْبَرَ عَلَى اقْتِضَائِهَا ، وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَرَيْنَ الرِّبْحِ ، فَإِنْ زَادَ تَمَّ رَأْسُ الْمَالِ .

فَمِنْ رَأْسِ الْمَالِ ؛ وَلَوْ أَنْفَقَ مِنْ مَالِ نَفْسِهِ أَوْ اسْتَدَانَ لِنَفَقَتِهِ رَجَعَ فِي مَالِ الْمُضَارَبَةِ ؛ وَلَوْ ضَارِبٌ لِرَجْلَيْنِ فَنَفَقَتَهُ عَلَى قَدْرِ الْمَالَيْنِ ، وَلَوْ كَانَ أَحَدُ الْمَالَيْنِ بِضَاعَةً فَالْجَمِيعُ عَلَى الْمُضَارَبَةِ لِأَنَّ السَّفَرَ وَاقِعٌ لَهَا ، وَلَوْ كَانَتْ الْمُضَارَبَةُ فَاسِدَةً لَانْفَقَ لِلْمُضَارِبِ لِأَنَّهُ أَجْبَرُ وَنَفَقَةُ الْأَجْبَرِ عَلَى نَفْسِهِ . قَالَ (وَتَبْطُلُ الْمُضَارَبَةُ بِمَوْتِ الْمُضَارِبِ وَبِمَوْتِ رَبِّ الْمَالِ) لِأَنَّهَا وَكَالَةٌ وَأَنَّهَا تَبْطُلُ بِالْمَوْتِ لِمَا مَرَّ . قَالَ (وَبِرُدَّةِ رَبِّ الْمَالِ وَلِخَافِهِ مُرْتَدًّا) لِأَنَّهُ مَوْتُ حَكَمٍ عَلَى مَا عُرِفَ (وَلَا تَبْطُلُ بِرُدَّةِ الْمُضَارِبِ) لِأَنَّ مَلِكَ رَبِّ الْمَالِ بَاقٍ ، وَعِبَارَةٌ الْمُرْتَدِّ مَعْتَبَرَةٌ . قَالَ (وَلَا يَنْزِلُ بَعْزُهُ مَا لَمْ يَعْلَمْ) كَالْوَكِيلِ (فَلَوْ بَاعَ وَاشْتَرَى بَعْدَ الْعَزْلِ قَبْلَ الْعِلْمِ نَقَدَ) لِبَقَاءِ الْوَكَالَةِ (فَإِنْ عَلِمَ بِالْعَزْلِ وَالْمَالُ مِنْ جِنْسِ رَأْسِ الْمَالِ لَمْ يَجْزُ لَهُ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِيهِ) لِأَنَّهُ صَارَ أَجْبَرًا بِالْعَزْلِ وَلَا ضَرَرَ عَلَيْهِ فِي ذَلِكَ (وَإِنْ كَانَ خِلَافَ جِنْسِهِ فَلَهُ أَنْ يَبِيعَهُ حَتَّى يَصِيرَ مِنْ جِنْسِهِ) لِأَنَّ لَهُ حَقًّا فِي الرِّبْحِ ، وَهُوَ إِذَا يَظْهَرُ إِذَا عَلِمَ رَأْسُ الْمَالِ ، وَإِنَّمَا يَعْلَمُ إِذَا نَصَّ (١) وَإِنَّمَا يَنْصُ بِالْبَيْعِ ، فَإِذَا نَصَّ لَا يَتَصَرَّفُ فِيهِ ، وَمَوْتُ أَحَدِهِمَا وَلِخَافِهِ بَدَارُ الْحَرْبِ كَالْعَزْلِ . قَالَ (وَإِذَا افْتَرَقَا فِي الْمَالِ دَيُونٌ وَلَيْسَ فِيهِ رِبْحٌ وَكُلُّ رَبِّ الْمَالِ عَلَى اقْتِضَائِهَا) لِأَنَّهُ وَكِيلٌ مُتَبَرِّعٌ بِالْعَمَلِ فَلَا يُلْزَمُهُ الْاِقْتِضَاءُ إِلَّا أَنَّهُ لِمَا كَانَ عَاقِدًا وَالْحَقُّوq تَرْجِعُ إِلَيْهِ فَلَا بَدَلَ مِنْ وَكَالَتِهِ (وَإِنْ كَانَ فِيهِ رِبْحٌ أَجْبَرُ عَلَى اقْتِضَائِهَا) لِأَنَّ الرِّبْحَ بِمَنْزِلَةِ الْأَجْرَةِ فَكَانَ أَجْبَرًا فَيَجِبُ عَلَيْهِ تَمَامُ الْعَمَلِ . قَالَ (وَمَا هَلَكَ مِنْ مَالِ الْمُضَارَبَةِ فَرَيْنَ الرِّبْحِ) لِأَنَّهُ نَبِيعٌ كَالْعَفْوِ فِي بَابِ الزَّكَاةِ (فَإِنْ زَادَ فِي رَأْسِ الْمَالِ) لِأَنَّ الْمُضَارِبَ أَمِينٌ فَلَا ضِمَانَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ وَالْمُضَارَبَةُ بِحَالِهَا ثُمَّ هَلَكَ الْمَالُ أَوْ بَعْضُهُ رَجَعَ فِي الرِّبْحِ حَتَّى يَسْتَوْفَى رَأْسُ الْمَالِ ، لِأَنَّ الرِّبْحَ فَضْلٌ عَلَى رَأْسِ الْمَالِ ، وَلَا يَعْرِفُ الْفَضْلُ إِلَّا بَعْدَ سَلَامَةِ رَأْسِ الْمَالِ فَلَا يَصِحُّ قِسْمَتُهُ فَيَنْصَرَفُ الْهَلَكَ إِلَى لِمَا بَيْنَا ، وَيَبْتَدَأُ أَوَّلًا بِرَأْسِ الْمَالِ ثُمَّ بِالنَّفَقَةِ ثُمَّ بِالرِّبْحِ الْأَهْمِ فَأَلْأَهْمِ ، وَلَوْ فَسَخَ الْمُضَارَبَةُ ثُمَّ اقْتَسَمَا الرِّبْحَ ثُمَّ عَقَدَا الْمُضَارَبَةَ فَهَلْكَ رَأْسُ الْمَالِ لَمْ يَرُدَّ

(١) قوله نصّ ، بفتح النون وتشديد الضاد المفتوحة : أى صار نقدا .

كتاب الوديعة

وَهِيَ أَمَانَةٌ إِذَا هَلَكَتْ مِنْ غَيْرِ تَعَدَّ لَمْ يَضْمَنْ ، وَلَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا
بِنَفْسِهِ ، وَمَنْ فِي عِيَالِهِ وَإِنْ نَهَاهُ ،

الربح ، لأن هذه المضاربة جديدة ، والأولى قد انتهت فأنتهى حكمها ، ولو مرّ المضارب
على السلطان فأخذ منه شيئا كرها لاضمان عليه ، وإن دفع إليه شيئا ليكفّ عنه ضمن ،
لأنه ليس من أمور التجارة ، وكذلك إذا أراد العاشر أن يأخذ منه العشر فصالحه المضارب
بشيء من المال حتى كفّ عنه ضمن ، والله عزّ وجلّ أعلم .

كتاب الوديعة

وهي مشتقة من الودع وهو الترك ، يقال : دع هذا : أى اتركه ؛ ومنه المواعدة
في الحرب : أى أن يترك كل واحد من الفريقين الحرب ، وقال عليه الصلاة والسلام
« لينهين قوم عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم ثم ليكنن من الغافلين » أى
تركهم الجماعات . ومنه الوداع ، لأن كل واحد منهما يترك صاحبه ويفارقه ، أو هي من
الحفظ ، قال عليه الصلاة والسلام في حديث وداع المسافر « استودع الله دينك وأمانتك »
أى استحفظ الله : أى اطلب منه حفظهما ، فكأن الوديعة ترك عند المودع للحفظ ،
ولهذا لا يودع عادة إلا عند من يعرف بالأمانة والديانة . وهو عقد مشروع أمانة لا غرامة ،
قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستودع غير المغل ضمان ، ولا على المستعير غير المغل
ضمان » ويجب حفظها على المودع إذا قبلها لأنه التزم الحفظ بالعقد ، والوديعة تارة تكون
بصريح الإيجاب والقبول وتارة بالدلالة ، فالصريح قوله أودعتك وقول الآخر قبلت ،
ولا يتم في حق الحفظ إلا بذلك ، ويتم بالإيجاب وحده في حق الأمانة ، حتى لو قال
للغاصب أودعتك المصنوب يرى عن الضمان وإن لم يقبل ، لأن صيرورة المال أمانة حكم
يلزم صاحب المال لا غير فيثبت به وحده ؛ فأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من
قبوله ، والدلالة إذا وضع عنده متاعا ولم يدل شيئا ، أو قال هذا وديعة عندك وسكت الآخر
صار مودعا حتى لو غاب المالك ثم غاب الآخر فضايع ضمن ، لأنه إيداع وقبول عرفا .
قال (وهي أمانة إذا هلكت من غير تعدّ لم يضمن) لأنه لو وجب الضمان لامتنع الناس
من قبولها وفيه من الفساد ما لا يخفى ، ولما روينا من الحديث . قال (وله أن يحفظها بنفسه
ومن في عياله وإن نهاه) لأنه التزم أن يحفظها بما يحفظ به ماله ، وذلك بالحرز واليّد .

وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَحْفَظَهَا بِغَيْرِهِمْ إِلَّا أَنْ يَخَافَ الْحَرِيقَ فَيُسَكِّمَهَا إِلَى جَارِهِ ،
أَوْ الْفَرْقَ قَبْلُغِيهَا إِلَى سَفِينَةٍ أُخْرَى ، فَإِنْ خَلَطَهَا بِغَيْرِهَا حَتَّى لَا تَتَمَيَّزَ
ضَمَّتْهَا ، وَكَذَا إِنْ أَنْفَقَ بَعْضُهَا ثُمَّ رَدَّ عِيُونَهُ وَخَلَطَهُ بِالْبَاقِي ، وَإِنْ اخْتَلَطَ
بِغَيْرِ صُنْعِهِ فَهُوَ شَرِيكٌ ،

أما الحرز فداره ومنزله وحانوته ، سواء كان ملكا له أو إجارة أو إعاره . وأما اليد فيده
وزوجته وزوجها وأمه وعبدته وأجيريه . الخاص وولده الكبير إن كان في عياله على ما مرَّ
في الرهن ، ولأن المودع رضى بذلك لأنه يعلم أن المودع لابد له من الخروج لمعاشه وأداء
فرائضه ، ولا يمكنه استصحاب الوديعة معه فيتركها في منزله عند من في عياله فلم يكن له
بدن ذلك ، ولهذا لا يصح نبيه لو قال لا تدفعها إلى شخص عينه من عياله بمن لابد له منه ،
فإن لم يكن له عيال سواء لم يضمن ، وإن كان له سواء يضمن لأن من العيال من لا يؤتمن
على المال . قال (وليس له أن يحفظها بغيرهم) لأنه ما رضى بحفظ غيرهم ، فإن الناس
يتفاوتون في الأمانات وصار كالوكيل والمضارب ليس له أن يוכל ولا يضارب لما تقدّم
أن الشيء لا يتضمن مثله . قال (إلا أن يخاف الحريق فيسلمها إلى جاره ، أو الفرق فيلقها
إلى سفينة أخرى) لأن الحفظ تعين بذلك ، لكن لا يصدق عليه إلا بيئته لأنه يدعى سببا
لإسقاط الضمان فيحتاج إلى بيئته . قال (فإن خلطها بغيرها حتى لا تميز ضمنها) عند
أبي حنيفة ثم لا ميبيل للمودع عليها والخلط على وجوه : أحدها الجنس بالجنس كالخنطة
بالخنطة ، والشعير بالشعير ، والدراهم البيض بالبيض ، والسود بالسود . والثاني خلط
الجنس بغيره كالخنطة بالشعير ، والخلل بالزيت ونحوهما . والثالث خلط المائع بمجنسه ؛
فعند أبي حنيفة هو استهلاك في الوجوه كلها فيضمنها وينقطع حق المودع عنها ، وعندهما
كذلك في الوجه الثاني ، لأنه استهلاك صورة ومعنى ؛ والأول عندهما إن شاء شاركه
فيها ، وإن شاء ضمنه ، لأنه إن تعذر أخذ عين حقه لم يتعدّر المعنى فكان استهلاكاً من
وجه دون وجه فيختار أيهما شاء . وأما الثالث فعند أبي يوسف يجعل الأقل تبعاً للأكثر
اعتباراً للغالب . وعند محمد هو شركة بينهما بكل حال لأن الجنس لا يغلب الجنس عنده
على ما عرف من أصله في الرضاع ، وخلط الدراهم بالدراهم ، والدنانير بالدنانير إذابة
من الوجه الثالث ، لأنه يصير مائعا بالإذابة . وجه قول أبي حنيفة أنه استهلاك من كل
وجه لتعدّر وصوله إلى عين حقه ، والقسمة مترتبة على الشركة فلا تكون موجبة لها ، فلو
أبّرأ المودع الخالط برى أصلا ، وعندهما يبرأ من الضمان فتعين الشركة في المخلوط (وكذا
إن أنفق بعضها ثم رَدَّ عيونهم وخلطه بالباقي) فهو استهلاك على الوجه الذي بينا . قال (ولو
اختلط بغير صنعه فهو شريك) بالاتفاق لأنه لا صنع له فيه فلا ضمان عليه فتعين الشركة .

وَلَوْ تَعَدَّى فِيهَا بِالرُّكُوبِ أَوْ اللَّبَسِ أَوْ الْإِسْتِخْدَامِ أَوْ أَوْدَعَهَا ثُمَّ زَالَ
التَّعَدَّى لَمْ يَضْمَنْ ؛ وَلَوْ أَوْدَعَهَا فَهَلَكَتْ عِنْدَ الثَّانِي فَالضَّمانُ عَلَى الْأَوَّلِ (سم)
فَإِنْ طَلَبَهَا صَاحِبُهَا فَجَعَلَهَا ثُمَّ عَادَ اعْتَرَفَ ضَمِنْ ؛ وَلِلْمُودِعِ أَنْ يُسَافِرَ
بِالْوَدِيعَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهَا حَمْلٌ وَمَثُونَةٌ مَا لَمْ يَنْتَهَ إِذَا كَانَ الطَّرِيقُ آمِنًا ،
وَلَوْ أَوْدَعَهَا عِنْدَ رَجُلٍ مَكِيلًا أَوْ مَوْزُونًا ثُمَّ حَضَرَ أَحَدُهُمَا يَطْلُبُ نَصِيْبَهُ
لَمْ يُوْمَرْ بِالْدَّفْعِ إِلَيْهِ مَا لَمْ يَحْضُرِ الْآخَرُ ،

قال (ولو تعدى فيها بالركوب أو اللبس أو الاستخدام أو أودعها ثم زال التعدى لم يضمن)
لزوال الموجب للضمان ، ويد الأمانة باقية بإطلاق الأمر الأول لأنه لم يرتفع من جهة صاحب
الحق لكن ارتفع حكمه لوجود ما ينافيه ثم زال المتنافي فعاد حكم الأمر الأول (ولو أودعها
فهلكت عند الثاني فالضمان على الأول) خاصة . وقال : يضمن أيهما شاء ، لأن الأول
خالف لما بينا ، والثاني تعدى حيث قبض ملك غيره بغير أمره ، فإن ضمن الأول لا يرجع
على الثاني لأنه ملكه بالضمان مستندا فيكون مودعا ملكه ، وإن ضمن الثاني رجع على الأول
لأنه إنما لحقه ذلك بسببه . ولأبي حنيفة أن الضريط إنما جرى من الأول ، لأن مجرد الدفع
لا يوجب الضمان حتى لو هلك الأول حاضر لا يضمن ، فإذا غاب الأول فقد ترك
الحفظ فيضمن والثاني لم يترك . قال (فإن طلبها صاحبها فجعلها ثم عاد اعترف ضمن)
لأن بالطلب ارتفع عقد الوديعة فصار غاصبا بعده ، وبالإعتراف بعد ذلك لم يوجد الرد إلى
نائب المالك بخلاف مسألة المخالفة ثم المرافقة ، لأن يد الوديعة لم ترتفع فوجد الرد إلى يد
النائب ، ولو جعلها عند غير المالك لم يضمن . وقال زفر : يضمن لأنه جعل الوديعة .
ولنا أنه من باب الحفظ لما فيه من قطع الأطماع عنها ، ولأنه ربما يخاف عليها ممن جعلها
عنده ، وهذا المعنى معلوم إذا جعلها عند المالك ، فإن جعلها ثم جاء بها فقال له صاحبها
دعها وديعة عندك فهلك ، فإن أمكنه أخذها فلم يأخذها لم يضمن لأنه إيداع جديد كأنه
أخذها ثم أودعها ، وإن لم يمكنه أخذها ضمن لأنه لم يتم الرد . قال (وللمودع أن يسافر
بالوديعة وإن كان لها حمل ومثونة ما لم ينه إذا كان الطريق آمنا) لإطلاق الأمر ، والغالب
السلامة إذا كان الطريق آمنا ، ولهذا يملكه الوصي والأب ، بخلاف الركوب في البحر ،
لأن الغالب فيه العطب . وقال : ليس له ذلك إلا إذا كان له حمل ومثونة ، لأن الظاهر
عدم الرضا لما يلزمه من مثونة الحمل . قلنا يلزمه ذلك ضرورة امتثال أمره ، فلا اعتبار
به سببا إذا كان من أهل العمود ، ولا بد له من رحلة الشتاء والصيف . قال (ولو أودعها
عند رجل مكيلا أو موزونا ثم حضر أحدهما يطلب نصيبه لم يؤمر بالدفع إليه ما لم يحضر
الآخر) وقال : يدفع إليه نصيبه لأنه سلمه إليه فيؤمر بالدفع إليه عند الطلب لأنه ملكه

فان قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبته المالك ضمن إلا أن يقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين ، ولو أودع عند رجلين شيئاً مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر ، ولو قال أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن ، ولو خالفه في الدار ضمن ، ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن .

حتى كان له أخذه كالدين المشترك ، وله أن نصيبه في المشاع ولا يمكن دفعه إليه ، لأن الدفع يقع في العين وهو غير المشاع ؛ وإذا لم يمكن دفعه إليه كيف يؤثر به ، وولاية الأخذ لا تقتضي جواز الدفع . ألا ترى أن المديون لو كان له وديعة عند رجل من جنس الدين فرب الدين أخذها ، ولا يجوز للمودع الدفع إليه ، وأما الدين المشترك فلا يؤوله المديون من مال نفسه لما عرف ، ولا اعتبار بضرر الحاضر لأنه لحقه بصنعه حيث أودعه مشاعاً ، وغير المكمل والموزون لا يدفع إليه نصيبه بالإجماع . وذكر محمد الخلاف مطلقاً والأول أصح ، لأنه لو كان في يد أحدهما وغاب فليس للحاضر أخذ نصيبه فن المودع أولى . قال (فإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وكذبته المالك ضمن ، إلا أن يقيم البينة على ذلك أو ينكل المالك عن اليمين) لأنها تصادقا على الدفع وتجاحدا في الإذن فيضمن بالدفع إلا بحجة . قال (ولو أودع عند رجلين شيئاً مما يقسم اقتسامه وحفظ كل منهما نصفه ، وإن كان لا يقسم حفظه أحدهما بأمر الآخر) وقالوا : لأحدهما أن يحفظه بأمر الآخر في المستلثين لأنه رضى بأمانتهما ، فكان لأحدهما أن يسلمها إلى الآخر كالمستلثة الثانية ، وله أن الدافع أودع نصفه بغير أمر المودع فيضمنه ، وهذا لأنه إنما رضى بأمانتهما فكان رضى بأمانة كل واحد منهما في النصف ، لأن إضافة الفعل إليهما تقتضي التمسك كالتلكات ، إلا أنا جوزناه فيما لا يقسم ضرورة عدم التجزئ وعدم إمكان أحدهما عليها ، ولأنه لما لم يمكن قسمتها ولا الاجتماع عايباً دائماً كان راضياً بذلك . وعلل هذا الوكيلان والوصيان والمرتهنان والعدلان في الرهن والمستبضعان (١) . قال (ولو أحفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر في الدار لم يضمن) لعدم تفاوتها في الحيز . قال (ولو خالفه في الدار ضمن) لأن الدور تختلف في الحيز فكان مفيداً . قال (ولو ردّ الوديعة إلى دار مالكيها ولم يسلمها إليه ضمن) لأن المالك ما رضى بإدفعها إلى داره . ومن في عياله ظاهراً إذ لو رضى بهم لما أودعها ، ولو وضع الثياب في الحمام لم يبرئ من

كتاب اللقيط

وَهُوَ حَرٌّْ وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ،

ودخل الحمام ينظر إن كان في الحمام ثيابي يحفظ الثياب فالضمان عليه دون الحمای لأنه استودعه دلالة ، وإن لم يكن ضمن الحمای ؛ ولو قال للحمای : أين أضع الثياب فأشار إلى مكان يضمن الحمای دون الثيابي لأن الحمای صار مودعا ؛ ولو وضع الثياب بمحض من الحمای فخرج آخر ولبسها والحمای لا يدرى أنها ثيابه أم لا ضمن الحمای ؛ وإن نام الحمای فسرق الثياب إن نام قاعدا لم يضمن لأنه لم يترك الحفظ ، وإن نام مضطجعا ضمن والحان كالحمام ، والدابة كالثياب ، والحاني كالحمای .

قام واحد من أهل المجلس وترك كتابه أو متاعه فالباقون مودعون حتى لو تركوه فهلك ضمنوا ، فإن قام واحد بعد واحد فالضمان على آخرهم لأنه تعين حافظا .

كتاب اللقيط

وهو فعيل من اللقط والالتقاط بمعنى مفعول ، ومعناه العثور على الشيء مصادفة من غير طلب ولا قصد . قال الراجز يصف ماء آجنا :

ومهل وردته التقاطا أخضر مثل الزيت لما شاطا

أى وردته من غير طلب ولا قصد ، شاط الزيت إذا نضج حتى احترق ، وكذلك اللقيط يوجد من غير طلب ، والتقاط صغار بني آدم مفروض إن علم أنه يهلك إن لم يأخذه بأر كان في مفازة أو بر أو مسبعة دفعا للهلاك عنه ، فإن غلب على ظنه عدم الهلاك بأن كان في مصر أو قرية فأخذه مندوب لما فيه من السعى في إحياء نفس محترمة ، قال الله تبارك وتعالى - ومن أحيائها فكأنما أحيانا الناس جميعا - وعن علي رضي الله عنه أنه قال للملقط : لأن أكون وليت منه مثل ما وليت أنت كان أحب إلي من كذا وكذا .

قال (وهو حر) تبع للدار ، ولأن الأصل في بني آدم الحرية (ونفقته في بيت المال) لما روى عن سنين أبي جميلة قال : وجدت مندوبا على بابي : أى لقيطا ، فأتيته عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال لي : عسى الغوير أبوسا (١) نفقته علينا وهو حر . وهذا مثل

(١) قوله عسى الغوير أبوسا : قال في مجمع الأمثال للميداني : الغوير تصغير غار : والأبوس جمع بوس وهو الشدة . وأصل هذا المثل فيما يقال من قول الزباء حين قالت لقومها عند رجوع قصير من العراق وبات بالغوير على طريقه : عسى الغوير أبوسا : أى لعل الشرب يأتيكم من قبل الغار . وجاء رجل إلى عمر رضي الله عنه يحمل لقيطا ، فقال عمر :

وَمِيرَاثُهُ لِبَيْتِ الْمَالِ ، وَجَنَابَتُهُ عَلَيْهِ ، وَدَيْتُهُ لَهُ وَوَلَاؤُهُ ، وَالْمُلْتَقِطُ
أَوَّلِي بِهِ مِنْ غَيْرِهِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ إِلَّا أَنْ يَأْذَنَ لَهُ الْقَاضِي
بِشَرْطِ الرَّجُوعِ ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ ابْنُهُ ثَبِتَ نَسَبُهُ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ اثْنَانِ
مَعًا ثَبِتَ مِثْلُهُمَا إِلَّا أَنْ يَذْكُرَ أَحَدُهُمَا عِلَامَةً فِي جَسَدِهِ .

يقال عند التهمة . قال ابن الأعرابي : إنما عرّض عمر بالرجل : أي لملك صاحب اللقيط ،
يريد أنك زينت بأمره وادّعيته لقيطا فشهد له جماعة بالخير فتركه . قال (وميراثه لبيت المال
وجنابته عليه ، وديته له وولاؤه) ليكون الغرم بالغنم ، ولو قتل عمدا فإن شاء الإمام اقتص
وإن شاء صالح على الدية . وقال أبو يوسف : تجب الدية في مال القاتل لا غير لاحتمال الولي
وهو الظاهر إلا أنه غائب ولا يقتصّ دونه . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام : السلطان ولي
من لا ولي له ، لأن الولي الذي لا يعرف ولا ينتفع برأيه كالعدم فلا اعتبار به ، وليس له أن
يعفو بالإجماع لأن فيه إبطال حق جماعة المسلمين ، ويحدّ قاذف اللقيط ولا يحدّ قاذف
أمه ، لأن في حجرها ولدا لا يعرف أبوه فكانت تهمة الزنا قائمة كالملاعة . قال (والمتنقط
أولى به من غيره) لسبق يده عليه كالمباحات ، فإن سأل القاضى أن يقبله إن شاء قبله وإن
شاء لا لاحتمال أنه ولده فينفق عليه من بيت المال ، وكذلك إن علم أنه لقيط لأنه التزم
حفظه وتربيته ، فإن دفعه المتنقط إلى آخر ليس له أن يسترده لأنه رضى بإبطال حق . قال
(وهو متبرّع في الإنفاق عليه) لعدم الولاية (إلا أن يأذن له القاضى بشرط الرجوع)
لعموم ولايته ، فإن أذن له ولم يشترط الرجوع ذكر الطحاوى أنه يرجع عليه بعد البلوغ
لأنه قضى حقا عليه واجبا بأمر القاضى فصار كقضاء دينه بأمره ، والأصحّ أنه لا يرجع لأنه
أمره بقضاء حق واجب بغير عوض ترغيبا له في إتمام ما شرع فيه من التبرّع ، فصار كما إذا
قال له أدّ عني زكاة مالى فإنه لا يرجع إلا بالشرط ، بخلاف الدين لأنه وجب عليه بعوض
ولو لم يأذن له القاضى ، لكن صدقه اللقيط بعد بلوغه فله الرجوع عليه لأنه اعترف بخرقه .
قال (ومن ادّعى أنه ابنه ثبت نسبه منه) لما فيه من نفع الصغير ، لأن الناس يتشرّفون
بالأنساب ويعيرون بعدهما ، وإذا ثبت نسبه ترتب عليه أخذه فتبطل يد المتنقط (وإن
ادّعاه اثنان معا ثبت منهما) لعدم الأولوية (إلا أن يذكر أحدهما علامة في جسده) فيكون
أولى بشهادة الظاهر أو لسبق في الدعوى لأنه ثبت نسبه منه في زمان لا يمتاز فيه غيره ،

= عسى الغوير أبوسا . قال ابن الأعرابي : إنما عرّض بالرجل : أي لملك صاحب
هذا اللقيط . قال : ونصب أبوسا على معنى عسى الغوير بصير أبوسا . ويحّر أن يقدر
عسى الغوير أن يكون أبوسا : وقال أبو على : جعل عسى بمعنى كان ونزله منزله . يضرب
للرجل ، يقال : لعل الشرّ جاء من قبلك ، اه مصححه .

وَالْحَرُّ وَالْمُسْلِمُ أَوْلَى مِنَ الْعَبْدِ وَالذَّمَّى ، وَإِنْ ادَّعَاهُ عَبْدٌ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ حُرٌّ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ ذِمِّيٌّ فَهُوَ ابْنُهُ وَهُوَ مُسْلِمٌ ، إِلَّا أَنْ يَلْتَقِطَهُ مِنْ بَيْعَةٍ أَوْ كَتَيْسَةٍ أَوْ قَرْيَةٍ مِنْ قَرَاهِمُ فَيَكُونُ ذِمِّيًّا ، وَمَنْ ادَّعَى أَنَّهُ عَبْدُهُ لَمْ يَقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةً ، وَإِذَا كَانَ عَلَى اللَّقِيطِ مَالٌ فَهُوَ مَشْدُودٌ لَهُ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ بِأَمْرِ الْقَاضِي ، وَيَقْبَلُ لَهُ الْهَبَةُ ، وَيُسَكَّمُهُ فِي صِنَاعَةٍ ، وَلَا يَزُوجُهُ ، وَلَا يُؤَاجِرُهُ .

إلا إذا أقام الآخر البينة لأنها أقوى. قال (والحرّ المسلم أولى من العبد والذمي) ومعناه إذا ادعى نسبه حرّ وعبد أو مسلم وذمي فالحرّ أولى من العبد والمسلم أولى من الذمي ، لأن ذلك أنفع له (وإن ادّعه عبد فهو ابنه) لأن ثبوت النسب أنفع له (وهو حرّ) لما تقدّم ولا يلزم من رقى أبيه أن يكون رقيقاً ، لأن العبد يتزوج الحرّة (وإن ادّعه ذمي فهو ابنه) لما مرّ (وهو مسلم) لأن الإسلام ثبت له بالدار وإبطاله لإضرار به ، وليس من ضرورة كون الأب كافراً ككفر الولد لاحتمال إسلام الأم . قال (إلا أن يلتقطه من بيعة أو كنيسة أو قرية من قراهم فيكون ذمياً) لأن الظاهر أن أولاد المسلمين لا يكونون في مواضع أهل الذمة فكذلك بالعكس . ففي ظاهر الرواية أنه اعتبر المكان دون الواجد كاللقيط إذا وجده مسلم في دار الحرب . وروى أبو سليمان عن محمد أنه اعتبر الواجد دون المكان لأن اليد أقوى ؛ وفي رواية اعتبر الإسلام نظراً للصغير . قال (ومن ادّعى أنه عبده لم يقبل إلا ببينة) عملاً بالأصل . وإقراره بالرق قبل البلوغ لا يقبل ، وبعد البلوغ إن أجرى عليه أحكام الأحرار من قبول شهادته وحده قاذفه لم يصحّ وقبل ذلك يصحّ ؛ ولو التقطه مسلم فادّعى نصراني أنه ابنه فهو ابنه وهو مسلم لما تقدّم ، وإن كان عليه زىّ النصارى كالصليب والزنار فهو نصراني . لأن الظاهر أنه ولد على فراشه ولا اعتبار بالمكان . قال (وإذا كان على اللقيط مال مشدود فهو له) عملاً بالظاهر (وينفق عليه منه بأمر القاضي) لعموم ولايته ويصدق عليه في نفقة مثله ؛ وقيل لا يحتاج إلى أمر القاضي لأن المال له فينفق عليه منه ، وله ولاية ذلك فيشترى له ما يحتاج إليه من الكسوة والطعام وغيرها . قال (ويقبل له الهبة) لأنه نفع محض (ويسلمه في صناعة) لأنه من باب التثقيف وفيه منفعة (ولا يزوجه) لأنه لا ولاية له عليه ، وولاية التزويج والبيع والشراء للسلطان لعموم ولايته ، فإن زوجه السلطان ولا مال له فالمهر في بيت المال ، وفي النواذر : إذا أمر الملتقط بختان الصبي فهلك ضمن لأنه ليس له هذه الولاية . قال (ولا يؤاجره) وهو الأصحّ لأنه لا يملك إتلاف منافع كالممّ بخلاف الأمّ لأنها تملك ذلك ، ولهذا كان لها إجارته لنفقتها واستخدامه .

كتاب اللقطة

وأخذها أفضل ، وإن خاف ضياعها فواجب ، وهي أمانة إذا أشهد أنه أخذها ليزدّها على صاحبها ، فإن لم يشهد ضمّنها ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يبطلها بعد ذلك .

كتاب اللقطة

وهي كاللقيط في الاشتقاق والمعنى ، وهي بضم اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هي اسم الملتقط كالضحكة واللزمة والمزّة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأوّل أصح .

قال (وأخذها أفضل) لثلاث تصل إليها يد خائنة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحقّ الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والردّ فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في المحرم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لاحفاظ له . والضالة : الدابة تضلّ الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأن الغالب في زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرفها ثم ردّها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم في مختصره : أو ردّها بعد ما حوتها ضمن ، لأن بالتحويل التزم الحفظ ، فبالردّ صار مضيعا ولا كذلك قبل التحويل . قال (وهي أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردّها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للردّ أو يقول من سمعته يشهد لقطعة غدّلوه على (فإن لم يشهد ضمّنها) خلافا لأبي يوسف إذا ادّعى أنه أخذها للردّ لأن الظاهر من حاله الحسبة لا المعصية . ولهما أن الأصل أن كل متصرف عاقل إنما يتصرف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بينة ، وإن قال أخذته لنفسى ضمن بالإجماع باقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردّها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقهما كالبينة . قال (ويعرفها مدة يغلب على ظنه أن صاحبها لا يبطلها بعد ذلك) هو المختار ، لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرته . وعن أبي حنيفة إن كانت أقلّ من عشرة دراهم عرفها أياما ، وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا . وعن محمد التقدير بالحول من غير فصل لقوله عليه الصلاة والسلام « من التقط شيئا فليعرفه حولا من غير فصل » وجه الأوّل ما روى عن أبي بن كعب قال « وجدت مائة دينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسألته عنها ، فقال : عرفها حولا » والعشرة وما فوقها في معناها من حيث وجوب القطع في سرقة واستباحة الفرج بها ولا كذلك ما دونها .

فإن جاء صاحبها وإلا تصدقَ بها إن شاء ، وإن شاء أمسكها ، فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه ، وإلا له أن يضمه ، أو يضم المسكين ، أو يأخذها إن كانت باقية ، وأيهما ضمن لا يرجع على أحد ، ولا يتصدقَ بها على غنى ، ويتنفع بها إن كان فقيراً ، وإن كانت شيئاً لا يبقى عرفه إلى أن يخاف فسادها ، ويعرفها في مكان الالتقاط ويجمع الناس . وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان يتنفع به من غير تعريف ، وللمالك أخذها ،

وروى الحسن عن أبي حنيفة إن كانت مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولا ، وفوق العشرة إلى مائة درهم شهراً ، وفي العشرة جمعة ، وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام ، وفي درهم يوماً ، وإن كانت تمر ونحوها تصدق بها مكانها ، وإن كان محتاجاً أكلها مكانها قدر لكل لقطة على قدرها فكأنه والأول سواء . والتعريف أن ينادى في الأسواق والشوارع والمساجد : من ضاع له شيء فليطلب عندي . قال (فإن جاء صاحبها وإلا تصدق بها إن شاء) لإصالة الحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، لأن الواجب لإصالة إلى مالكة صورة ومعنى ، فإذا تعدت الصورة يوصله إليه معنى وهو الثواب (وإن شاء أمسكها) لاحتمال جبيء صاحبها (فإن جاء وأمضى الصدقة فله ثوابه) لأنه ماله (وإلا له أن يضمه أو يضم المسكين أو يأخذها إن كانت باقية) أما تضمه فلا لأنه سلم ماله إلى غيره بغير أمره ، وإذن الشرع في ذلك لا يمنع الضمان كأكل مال الغير حال الخمصة . وأما تضمين المسكين فلا لأنه قبض ماله بغير أمره . وأما أخذها فلا لأنه وجد عين ماله . قال (وأيهما ضمن لا يرجع على أحد) أما الملتقط فلا لأنه ملكها من وقت التصديق بالضمان فظهر أنه تصدق بماله ، وأما الفقير فلا لأنه عوض ما وصل إليه . قال (ولا يتصدق بها على غنى) لقوله عليه الصلاة والسلام : فإن لم يأت صاحبها فليصدق بها ، والصدقة لا تكون على الغنى كالواجبات . قال (ويتنفع بها إن كان فقيراً) كغيره من الفقراء ، ويعطيها أهله إن كانوا فقراء لما مر . قال (وإن كانت شيئاً لا يبقى) كاللحم واللبن والفواكه الرطبة ونحوها (عرفه إلى أن يخاف فسادها) ثم يتصدق به خوفاً من الفساد وفيه نظر لصاحبها بالثواب دنيا وأخرى (ويعرفها في مكان الالتقاط ويجمع الناس) فهو أجدر أن يصل صاحبها . وسأل رجل علياً رضي الله عنه فقال : اذهب حيث وجدت فان وجدت صاحبها فادفعها إليه وإلا فتصدق بها ، فإن جاء صاحبها فخير بين الأجر والقيمة . قال (وإن كانت حقيرة كالنوى وقشور الرمان يتنفع به من غير تعريف) لأن رميها إباحة للأخذ دلالة . قال (وللمالك أخذها) لأن الإباحة لا تسقط الملك عن العين خصوصاً لغير معين ، وإن كان كثيراً لم يجز للملتقط

وَالسَّنْبُلُ بَعْدَ الْحَصَادِ إِذَا جَمَعَهُ فَهُوَ لَهُ خَاصَّةٌ ، وَيَجُوزُ التَّقَاطُ الْإِبِلِ
وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ وَسَائِرِ الْحَيَوَانَاتِ ، وَهُوَ مُتَبَرِّعٌ فِيمَا أَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا
مَنْفَعَةٌ أَجَرَهَا بِإِذْنِ الْحَاكِمِ وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَنْفَعَةٌ بِاعِثًا
إِنْ كَانَ أَصْلَحَ ، فَإِنْ جَاءَ صَاحِبُهَا فَلَهُ حَبْسُهَا حَتَّى يُعْطِيَهُ النِّفْقَةَ ، فَإِنْ
امْتَنَعَ بِيَعْتَ فِي النِّفْقَةِ ، فَإِنْ هَلَكَتْ بَعْدَ الْحَبْسِ سَقَطَتِ النِّفْقَةُ وَقَبِلَ
الْحَبْسُ لَا ؛ وَلَيْسَ فِي رَدِّ اللَّقْطَةِ وَالضَّالَّةِ وَالصَّيِّ الْحَرْثِيُّ وَاجِبٌ ؛

الانتفاع به . قال (والسنبل بعد الحصاد إذا جمعه فهو له خاصة) بدلالة الحال وعليه جميع
الناس في جميع البلاد . قال أبو يوسف : من ألقى شاة ميتة فجاء آخر فأخذ صوفها وجلدها
ودبغها فهو له ، فإن جاء صاحبها فله أخذ الصوف والجلد وعليه ما زاد الدباغ كالفاسب .
غريب مات في دار رجل ليس له وارث معروف وخلف مالا وصاحب المنزل فقير
فله الانتفاع به بمنزلة اللقطة . قال (ويجوز التقاط الإبل والبقر والغنم وسائر الحيوانات)
لأنه مال يتوهم ضياعه فيستحب أخذه ليرده على صاحبه صيانة لأموال الناس ، وما روى
أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن ضالة الإبل فقال : « مالك ولها عليها حذاؤها ومعها سقاؤها وترد
الماء وترعى الشجره . » وسئل عليه الصلاة والسلام عن ضالة الغنم فقال : « هي لك أو لأخيك
أو للذئب » فجوابه أن ذلك كان في زمن النبي صلى الله عليه وسلم حين كان الخوف من
الافتراس لا من أخذ الناس ؛ أما اليوم كثر الفساد والخيانة وقلة الأديان والأمانة فكان
أخذه أولى . قال (وهو متبرع فيما أنفق عليها) لعدم ولايته على مالها إلا أن يأذن له
القاضي فيكون ديناً على صاحبها لعموم ولايته وفي ذلك نظر للمالك . قال (فإن كان لها
منفعة أجراها بإذن الحاكم وأنفق عليها) لأن فيه بقاء الملك على مالكة من غير أن يلزمه
دين فكذلك حكم الآبق (وإن لم يكن لها منفعة باعها إن كان أصليح) وإن كان الأصلح
الإفناق عليها أمر بذلك وجعلها ديناً على مالها لأن ولايته نظرية . وللقاضي أن يأمره
بالنفقة عليها يومين وثلاثة رجاء مجيء صاحبها ، وبعد ذلك يبيعها لئلا تتأسلها النفقة فلا
نظر حينئذ في حقه . قال (فإن جاء صاحبها فله حبسها حتى يعطيه النفقة) لأنه استفاد الملك
من جهته لأنه صار مالكا معنى وقد أحياء بنفقته فصار كالبائع (فإن امتنع بيعت
في النفقة) كالرهن لأن أمر القاضي كأمره ، فصار كأنه أنفق عليها وحبسها بأمره (فإن
هلكت بعد الحبس سقطت النفقة) كالرهن (وقبل الحبس لا) لأنها أمانة . قال (وليس
في رد اللقطة والضالة والصبي الحر شيء واجب) لأنه متبرع في الرد فإن أعطاه المالك
شيئاً فحسن ، بخلاف الآبق لأن جعله واجب نصاً لا قياساً . وعن الكرخي في اللقطة :
إذا قال من وجدها فله كذا فله أجر مثله لأنها لإجارة فاسدة . وعن أبي يوسف :

وَمَنْ ادَّعَى اللِّقْطَةَ يَحْتَاجُ إِلَى الْبَيِّنَةِ ، فَانْ أَعْطَى عَلَامَتَهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ وَلَا يُجْبَرُ ، وَلِلْقِطَةِ الْحِلِّ وَالْحَرَمِ سَوَاءٌ .

كتاب الآبق

أَخَذَهُ أَفْضَلُ إِذَا قَدَّرَ عَلَيْهِ ، وَكَذَلِكَ الضَّالُّ وَيَدْفَعُهُمَا إِلَى السُّلْطَانِ ، وَيُجْبَسُ الْآبِقُ دُونَ الضَّالِّ ، وَمَنْ رَدَّ الْآبِقَ عَلَى مَوْلَاهُ مِنْ مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فَصَاعِدًا فَلَهُ عَلَيْهِ أَرْبَعُونَ دِرْهَمًا وَبِحِسَابِهِ إِنْ نَقَصَتِ الْمُدَّةُ ،

لو ضاعت اللقطة فوجدتها آخر لا يكون الأول خصما فيها لأنهما سواء في الالتقاط وليس كالمستودع ، لأن حفظ الوديعة عليه فله أخذها . قال (ومن ادَّعى اللقطة يحتاج إلى البينة) لأنها دعوى (فان أعطى علامتها جاز له أن يدفعها إليه ولا يجبر) لجواز أنه عرفها من صاحبها أو رآها عنده ، ولأن حق اليد كالمالك فلا تستحق إلا ببينة كالمالك إلا أنه يجوز له الدفع عند العلامة لقوله عليه الصلاة والسلام « فان جاء صاحبها فعرف عفاصها ووكاءها (١) فادعها إليه » فحملناه على الإباحة جمعا بينه وبين الحديث المشهور « البينة على المدعى » ولو صدقه ودفعها إليه بغير قضاء ثم جاء آخر وأقام البينة فله أن يضمن أيهما شاء ، ولا يرجع القابض على الدافع ، وإن دفعها بقضاء فهو مجبور فيرجع على القابض لا غير . قال (وللقطة الحِلِّ والحرم سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « اعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة » مطلقا ، ولأنها لقطة ، وفي التصديق بعد سنة إيصالها إلى مالكةا بقدر الوسع على ما تقدم فيشرع وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام في الحرم « لا تحلّ لقطنه إلا لمنشد » أى لمعرفة والتخصيص بالحرم لئلا يتوهم السقوط طمعا أنها للغرباء .

كتاب الآبق

وهو العبد المارب . أبق العبد إذا هرب وتأبق إذا استتر ، ويقال : احتبس الآبق إذا هرب واستتر عن مولاه احتبس عنه . قال (أخذه أفضل إذا قدر عليه) لأنه إحياء له وإبقاء له على ملكه (وكذلك الضال) وقيل ترك الضال (٢) أولى لأنه يقف مكانه فيجده صاحبه بخلاف الآبق . قال (ويدفعهما إلى السلطان) لعجزه عن حفظهما (ويجبس الآبق دون الضال) لأنه يخاف إباق الآبق دون الضال . قال (ومن ردّ الآبق على مولاه من مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فله عليه أربعون درهما وبحسابه إن نقصت المدّة) لما روى عن

(١) قوله عفاصها : العفاص : بكسر العين : الوعاء . والوكاء بكسر الواو : ما يربط به اهـ .

(٢) قوله الضال : أى الثائه .

فَإِنْ كَانَتْ قِيَمَتُهُ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعِينَ دِرْهَمًا فَلَهُ قِيَمَتُهُ إِلَّا دِرْهَمًا (س) ،
وَأُمُّ الْوَلَدِ وَالْمُدَبَّرُ كَالْقَيْنِ وَالصَّبِيُّ كَالْبَالِغِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يُشْهَدَ أَنَّهُ بِأَخْذِهِ
لِيَرُدَّهُ ، وَلَوْ أَبْقَى مِنْ يَدِهِ لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ، وَإِنْ كَانَ رَهْنًا فَالْجُعْلُ عَلَى
الْمُرْتَهِنِ ، وَإِنْ كَانَ جَانِيًا فَعَلَى مَوْلَاهُ إِنْ فَدَّاهُ ، وَعَلَى وَلِيِّ الْجَنَائِيَةِ إِنْ
أَعْطَاهُ لَهُ ، وَحُكْمُهُ فِي النِّفَقَةِ كَاللَّقِطَةِ .

عمرو بن دينار أنه قال : كان النبي عليه الصلاة والسلام يقول « جعل الآبق أربعون درهما ،
 واجتمعت الصحابة على وجوب الجعل لكن اختلفوا في مقداره ، ففهم من قال أربعون
 ومنهم من قال دونها ، فقلنا بوجوب الأربعين في مسيرة السفر وما دونها فيما دون توفيقا
 بين أقوالهم رضى الله عنهم ، ولأن ذلك حامل على رد الآبق وصيانة له عن الضياع إذ
 الحسبة قليلة ، وقوله في نقصان المدة بحسابه أنه مفوض إلى رأى الإمام ، وقيل يقسط لكل
 يوم ثلاثة عشر درهما وثلاث فيقدر الرضخ بقدره وقيل باصطلاحهما . قال (فان كانت
 قيمته أقل من أربعين درهما فله قيمته إلا درهما) وقال أبو يوسف : له الجعل كاملا لأنه
 منصوص عليه . ولهما أنه إنما شرع ذلك لمصلحة المالك فينقص من قيمته درهم لتحصل له
 الفائدة . قال (وأم الولد والمُدَبَّرُ كَالْقَيْنِ) لأنهما في معناه من إحياء الملك (والصبي كَالْبَالِغِ)
 لأنه مثونة الملك ، ولورده أبوه أو وصيه فلا جعل لهما لأن الحفظ عليهما وهما يتوليان
 ذلك ، وكذلك أحد الزوجين على الآخر ، وكذلك الابن لأن العادة جرت بالرد من هؤلاء
 تبرعا واصطناعا ، ولورده عبد أبيه أو أخيه أو سائر قرابته لاجل له إن كان في عياله وإن
 لم يكن فله الجعل ، ولو قال لغيره : أبق عبيدى إن وجدته فخذة فقال نعم فردّه لاجل
 عليه ، لأنه وعده برده فصار متبرعا . رد أمة ومعها ولدها فله جعل واحد إلا أن يكون
 مراهقا فيجب ثمانون درهما ، ولو صالح عن الجعل على عشرين درهما جاز ، ولو صالحه
 على أكثر من أربعين يحط الفضل لأن المستحق أربعون فالزيادة ربا . قال (وينبغي أن
 يشهد أنه يأخذه ليرده) على ما بينا في اللقطة من الاختلاف والتعليل . قال (ولو أبق من
 يده لا يلزمه شيء) لأنه أمانة لأنه مأذون له في أخذه ولا شيء له لأنه ماردة على مالكة .
 قال (وإن كان رهنا فالجعل على المرتهن) لأنه وجب بجنابة الرهن وهى في ضمان المرتهن
 ولأنه أحيا ماله وهى حقه ، وإن كان بعضه خاليا عن الدين فعلى المالك بقدره من الجعل
 كما في الفداء في الجنابة ، ولأن حقه في القدر المضمون عليه ، ولو كان يبرح جماعة فالجعل
 عليهم بقدر الأنصاء لأنه مثونة الملك (وإن كان جانيا فعلى مولاة إن فداه ، وعن ولى
 الجنابة إن أعطاه له) لأن منفعتة لمن يستقر الملك له والجعل يتبع المنفعة . قال (وحكمه
 في النفقة) في التبرع وإذن القاضى وحبسها بعد الرد (كاللقطة) اشترى آبقا فردّه

كتاب المفقود

وَحُكْمُهُ أَنَّهُ حَتَّى فِي حَقِّ نَفْسِهِ وَمَيِّتٌ فِي حَقِّ غَيْرِهِ ، وَيُقِيمُ الْقَاضِي مَنْ يَحْفَظُ مَالَهُ وَيَسْتَوْفِي غَلَاتِهِ فِيَا لَوْ كِيلَ لَهُ فِيهِ ، وَيَبِيعُ مِنْ أَمْوَالِهِ مَا يَخَافُ عَلَيْهِ الْهَلَاكَ ، وَيُنْفِقُ مِنْ مَالِهِ عَلَى مَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ حَالِ حُضُورِهِ بِغَيْرِ قَضَاءٍ ،

لأجعل له لأنه عمل لنفسه ، وإن قال : لم أقدر على رده إلا بالشراء وإنما اشتريته لأرده وأقام البينة على ذلك فله الجعل لأنه أخذه ليرده وهو متبرع في الثمن ، وإذا حبس السلطان الأبق مدة ولم يحىء له طالب إن شاء باعه وإن شاء أنفق عليه من بيت المال وجعلها ديناً على المالك أو في ثمنه ، ولا يؤاخره خوف الإباق . أما الضال يؤاخره ولا يبيعه .

كتاب المفقود

المفقود : المعلوم ، وفقدت الشيء : إذا طلبته فلم تجده ، قال الله تعالى - قالوا نفقد صواع الملك - أى طلبناه فلم نجده فقد عدم . وفي الشرع : الذى غاب عن أهله وبلده أو أسره العدو ولم يدر أحي هو أم ميت ، ولا يعلم له مكان ومضى على ذلك زمان فهو معدوم بهذا الاعتبار (وحكمه أنه حتى في حق نفسه) لا تزوج امرأته ولا يتسم ماله ولا تفسخ إجارته ، لأن ملكه كان ثابتاً في ماله وزوجته ومنافع ما استأجره ، وغيبوبته لا توجب الفرقة والموت محتمل ، فلا يزول الثابت باليقين بالاحتمال . وقال عليه الصلاة والسلام في امرأة المفقود « هى امرأته حتى يأتيها البيان » رواه المغيرة بن شعبه . وعن علي رضي الله عنه : إنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق . وروى عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عمر كان يقول : يفرق بينه وبين امرأته إذا مضت أربع سنين ، ثم رجع إلى قول علي . قال (و) هو (ميت في حق غيره) لا يرث ممن مات حال غيبته لأن الحكم ببقائه بناء على استصحاب الحال وأنه يصلح للدفع للاستحقاق . قال (ويقم القاضي من يحفظ ماله ويستوفي غلاته فيما لا وكيل له فيه ، ويبيع من أمواله ما يخاف عليه الهلاك) لأن القاضي نصب لمصالح المسلمين نظراً لمن عجز عن التصرف بنفسه كما قلنا في الصبي والمجنون ، والمفقود عاجز بنفسه فيتصرف له القاضي والنظر له فيما ذكرنا فيقبض ديناً أقر به الغريم ولا يخاصم لأنه وكيل في القبض من جهته وأنه لا يملك الخصومة بالإجماع ، لأن القاضي يلى الحفظ دون الخصومة ، ولا يبيع ما لا يخاف عليه الهلاك لاني نفقة ولا غيرها إذ لا نظر في ذلك . قال (وينفق من ماله على من تجب عليه نفقته حال حضوره بغير قضاء) كزوجته

فَإِنْ مَضَى لَهُ مِنْ الْعُمُرِ مَا لَا يَبْعِثُ أَقْرَانَهُ حُكْمَ بَمَوْتِهِ .

كتاب الخنثى

إِذَا كَانَ لَهُ آلَةٌ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَإِنْ بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا اعْتَبِرَ بِهِ ، فَإِنْ بَالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غَلَامٌ ، وَإِنْ بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى ، وَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا اعْتَبِرَ بِأَسْبَقِيهِمَا ،

وأولاده وأبويه لأنه إعانة لهم ، وكلّ من لا يستحقها بمحضته إلا بقضاء فانه لا ينفق عليه كالأخ والأخت ونحوهما لأنه قضاء على الغائب ، والمراد بقوله : من ماله التقدان لأنهما قيمة ما يستحقون من المطعوم والمشروب والملبوس ، ولو كان له من جنس ما يستحقونه دفعه إليهم ، وإن كان ماله ديناً أو ودعة ، فإن اعترف المديون والمودع بالمال والزوجة والنسب أنفق عليهم منه ، وإن كان ذلك ثابتاً عند القاضي فلا حاجة إلى اعترافهم ، وإن ثبت عند القاضي بعض ذلك بشرط اعترافهما بالباقي ، ولو أنفق المديون والمودع عليهم بغير إذن القاضي ضمنا لأنهما ما أوصلا الحق إلى مالكة ولا نائبة . قال (فإن مضى له من العمر ما لا يبعث أقْرانه حكم بموته) وهو الأكيس على قول أبي حنيفة لاختلاف الأعمار باختلاف الأزمان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه قدوة بمائة وعشرين سنة . وعن أبي يوسف مائة سنة ، وقيل تسعين سنة ، وهو غاية ما تنتهي إليه أعمار أهل زماننا في الأعم الأغلب ، وهو الأرفق لأن في التفحص عن موت الأقران حرجاً ، وبأى مسائل المفقود تأتي في الفرائض إن شاء الله تعالى .

كتاب الخنثى

وهو مشتق من التخث وهو التكسر ، يقال : اطل الثوب على أختائه : أى على تكسره ومطاويه ، وسمى الخنثى لأنه تكسر وتنقص حاله عن حال الرجال ، وبفوق على حال النساء حيث كان له آلة الرجال والنساء . وقال عمر النسبي : أو ليس له هذا ولا هذا ويخرج حدثه من دبره أو من سرتة . وذكر في المتقى قال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا خرج البول من سرتة وليس له قبل ولا ذكر لأدري ما يقول في هذا (إذا كان له آلة الرجل والمرأة ، فإن بَالَ مِنْ أَحَدِهِمَا اعْتَبِرَ بِهِ ، فَإِنْ بَالَ مِنَ الذَّكَرِ فَهُوَ غَلَامٌ ، وَإِنْ بَالَ مِنَ الْفَرْجِ فَهُوَ أُنْثَى) لأن ذلك دليل على أن الآلة التي يخرج منها هي الأصل والأخرى حبيب ومثل صلى الله عليه وسلم عنه كيف يورث ؟ فقال : « من حيث يبول » ومثله من على رضي الله عنه وهكذا كان حكمه في الجاهلية فأقره الإسلام . قال (وإن بَالَ مِنْهُمَا اعْتَبِرَ بِأَسْبَقِيهِمَا)

فَإِنْ بَالَ مِنْهُمَا مَعَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكَلٌ ، وَلَا مُعْتَبَرٌ بِالْكَثَرَةِ (سم) ، فَإِذَا بَلَغَ فَظَهَرَتْ لَهُ أُمَارَاتُ الرِّجَالِ فَهُوَ رَجُلٌ ، وَإِنْ ظَهَرَتْ لَهُ أُمَارَاتُ النِّسَاءِ فَهُوَ امْرَأَةٌ ، فَإِنْ لَمْ تَظْهَرِ الْأُمَارَاتَانِ أَوْ تَعَارَضَتَا فَهُوَ خُنْثَى مُشْكَلٌ .

فَإِذَا حُكِمَ بِكَوْنِهِ خُنْثَى مُشْكَلًا يُؤْخَذُ فِيهِ بِالْأَحْوَطِ وَالْأَوْثَقِ مِنْ أُمُورِ الدِّينِ فَيُورَثُ أَحْسَنُ السَّهْمَيْنِ وَيَقِفُ بَيْنَ صَفِّ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ فِي الصَّلَاةِ ، وَإِنْ صَلَّى فِي صَفِّ النِّسَاءِ أَعَادَ ، وَلَوْ صَلَّى فِي صَفِّ الرِّجَالِ يُعِيدُ مَنْ عَنْ يَمِينِهِ وَيَسَارِهِ وَمَنْ خَلْفَهُ بِحِذَائِهِ ، وَيُصَلِّي بِقِنَاعٍ ، وَلَا يَلْبَسُ الْحُلِيَّ وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَخْلُو بِهِ غَيْرُ مُحْرَمٍ رَجُلٌ وَلَا امْرَأَةٌ ، وَلَا يُسَافِرُ بِغَيْرِ مُحْرَمٍ ، وَتُبْتَاعُ لَهُ أُمَةٌ تَحْتَنُّهُ ،

لأنه دلالة على أنه العضو الأصلي (فإن بال منهما معا فهو خنثى مشكل ولا معتبر بالكثرة) وقال : يعتبر أكثرهما يولا ، لأن للأكثر حكم الكل ولأنه علامة أخرى على الأصالة والقوة ، وله أن الكثرة تكون لاتساع المخرج ، ولا دلالة فيه على الأصالة فإن استويا في القدر فهو مشكل بالإجماع لعدم المرجح . قال (فإذا بلغ فظهرت له أمارات الرجال فهو رجل) وذلك كاللحية ومجامعة النساء والاحتلام من الذكر لأن هذه علامة تخص الرجال (وإن ظهرت له أمارات النساء فهو امرأة) كالحيض والحبل ونزول الثدي والبلن فيه والجماع في الفرج لأن هذه علامات تخص النساء . قال (فإن لم تظهر الأمارتان أو تعارضتا فهو خنثى مشكل) قال الطحاوي : قال محمد : الإشكال قبل البلوغ فإذا بلغ فلا إشكال . قال النسائي : وليس يخلو إذا بلغ من بعض هذه العلام .

فصل

(فإذا حكم بكونه خنثى مشكلا يؤخذ فيه بالأحوط والأوثق من أمور الدين) فلا يحكم بما وقع الشك في ثبوته ، ويرجع المحرم على المبيع (فيورث أحسن السهمين) ويعرف بيانه في الفرائض إن شاء الله تعالى (ويقف بين صف الرجال والنساء في الصلاة) لأنه إن كان رجلا لا يجوز وقوفه في صف النساء لئلا تفسد صلاته ، ولو كان امرأة لا يجوز وقوفها في صف الرجال لئلا تفسد صلاتهم فيقف بينهما . قال (وإن صلى في صف النساء أعاد) لجواز أن يكون رجلا (ولو صلى في صف الرجال يعيد من عن يمينه ويساره ومن خلفه بجلذائه) لاحتمال أنه امرأة . قال (ويصل بقناع) لاحتمال أنه امرأة ، ويجلس كما تجلس المرأة (ولا يلبس الحل والحريز) لاحتمال أنه رجل (ولا يخلو به غير محرم رجل ولا امرأة ، ولا يسافر بغير محرم) احتياطا . قال (وتبتاع له أمة تحتنه) لأنه لا يجوز أن تحتنه

فَإِذَا خَتَنَتْهُ بِاعْتِمَائِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ فَرَفَقَتْ بِبَيْتِ الْمَالِ ، وَإِذَا مَاتَ وَلَمْ يَسْتَبِينَ حَالَهُ يُعْمَمَ ، ثُمَّ يَكْفَنُ وَيُدْفَنُ كَالْجَارِيَةِ .

كتاب الوقف

وَهُوَ حَبْسُ الْعَيْنِ عَلَى مِلْكٍ الْوَاقِفِ وَالتَّصَدُّقُ بِالْمَنْفَعَةِ وَلَا يَلْزَمُ إِلَّا أَنْ يُحْكَمَ بِهِ حَاكِمٌ (سمف) ، أَوْ يَقُولَ : إِذَا مَاتَ فَقَدْ وَقَفْتُهُ ،

رجل ولا امرأة لما بينا ، ويجوز لجاريته النظر إلى فرجه رجلاً كان أو امرأة (فإذا ختنه باعها) لاستغنائه عنها (وإن لم يكن له مال فن بيت المال) لأنه لمصالح المسلمين ، وإذا كان صغيراً لا يشتهي جاز ختانه للرجل وللمرأة ، وعن أبي حنيفة أنه يزوج امرأة ، فإن كان رجلاً صح النكاح وحل لها النظر إلى فرج زوجها ، وإن كان امرأة فلا نكاح ، لكن يجوز للمرأة النظر إلى فرج المرأة للضرورة ، ولا يرث الخنثى من مولى أبيه لاحتمال أنه أنثى ولو أوصى لحمل فلانة بألف إن كان ذكراً وبخمسائة إن كان أنثى فولدت خنثى فله خمسائة احتياطاً إلا أن يتبين غير ذلك . وإن قتله قاتل خطأ وقال إنه أنثى فالقول قوله لإنكاره الزيادة ولا قصاص في أطرافه أصلاً ، ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا تقرّر عليه الجزية لو كان كافراً ، ولو أضر لا يقتل لاحتمال أنه أنثى ولا يحد قاذفه لأنه إن كان رجلاً فهو كالنجس ، وإن كان امرأة فهي كالزنا ، ولا يحد قاذفهما لأن الحد لنفى التهمة وهي متفية عنهما ، ولو قال لامرأته : إن كان أول ولد تلدينه غلاماً فامرأته طالق أو فعبده حرّ فولدت خنثى لا يحنث مالم يستين أمره . ولو قال : كل عبد له حرّ ، أو كل أمة له حرّة لا يعتق الخنثى حتى يستين أمره ، ولو بان أحد الأمرين عتق للتيقن (وإذا مات ولم يستين حاله يمّم ثم يكفن) لأنه لا يجوز غسله للرجال ولا للنساء احتياطاً فقد تعدّر غسله فيمّم ، وإذا اجتمعت الجنائز جعلت جنازته بين جنازة الرجل والمرأة لما مر في الصلاة في حياته (ويدفن كالجارية) احتياطاً .

كتاب الوقف

الوقف في اللغة : الحبس ، يقال : وقفت الدابة إذا حبستها على مكانها ، ومنه الموقوف لأن الناس يوقفون فيه : أى يحبسونه للحساب . وفي الشرع : حبس شيء معلوم بصفة معلومة على ما نبينه إن شاء الله تعالى (وهو حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة ، ولا يلزم إلا أن يحكم به حاكم ، أو يقول : إذا مات فقد وقفته) وأجمعت الأمة على جواز أصل الوقف ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام تصدّق بسبع حوانات

في المدينة ، وكذلك الصحابة وقفوا ، والخليل صلوات الله عليه وقف وقفا هي باقية جارية إلى يومنا. وإنما اختلفوا في كيفية جوازه ، قال أبو حنيفة وزفر : شرط جوازه أن يكون موصى به ، أو يقول : إذا مت فقد وقفته حتى لولم يوص به لا يصح ويبقى على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه إلا أن يجيزه الورثة فيصير جائزا ويتأبد ، ولو قضى القاضي بلزومه لزم ونفذ لأنه قضاء في مجتهد ولم يكن لغيره إبطاله . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط لجوازه شيء من ذلك ، وهذا بناء على أن الوقف عنده حبس العين على ملكه عملا بمقتضى قوله وقف والتصدق بثمرته وغلته المعلوم على المساكين ، ولا يصح التصديق بالمعلوم إلا بالوصية ، وعندهما هو إزالة العين عن ملكه إلى الله تعالى وجعله محبوسا على حكم ملك الله تعالى على وجه يصل نفعه إلى عباده ، فوجب أن يخرج عن ملكه ويخلص لله تعالى ويصير محررا عن التملك ليستديم نفعه ويستمر وقفه للعباد . لهما أن الحاجة ماسة إلى لزوم الوقف ليصل ثوابه إليه على اللوام ، وأنه ممكن باسقاط ملكه وجعله لله تعالى كالمسجد فيجعل كذلك . قال النسفي : وكان أبو يوسف يقول بقول أبي حنيفة حتى دخل بغداد فسمع حديث عمر فرجع عنه وقال : لو بلغ هذا أبا حنيفة لرجع إليه ، وهو ما رواه محمد بن الحسن عن محمد بن جويرية عن نافع عن ابن عمر : أن عمر رضي الله عنه كان له أرض تدعى ثمغ وكانت نخلا نفيسا ، فقال عمر : يا رسول الله إني استفدت مالا نفيسا أفأتصدق به ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : تصدق بأصله لا يباع ولا يوهب ولا يورث ، ولكن تنفق ثمرته على المساكين ، فتصدق به عمر رضي الله عنه في سبيل الله وفي الرقاب والمساكين وابن السبيل وذوي القربى ، ولا جناح على من وليه أن يأكل منه بالمعروف أو يوكل صديقا له غير مثائل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام : لا حبس عن فرائض الله ، وعن شريح جاء محمد بن يحيى الحبيس . وعن عبد الله بن زيد : أنه تصدق بضيعة له ، فشكاه أبوه إلى النبي صلى الله عليه وسلم ، فقال له : ارجع في صدقتك ، ولأن شرائط الواقف تراعى فيه ، ولو زال عن ملكه لم تراعى كالمسجد ، ولأنه يحتاج إلى التصديق بالغلة دائما ، ولا ذلك إلا ببقاء العين على ملكه ، ثم عند محمد لصحة الوقف أربعة شرائط : التسليم إلى المتولى ، وأن يكون مفرزا ، وألا يشترط لنفسه شيئا من منافع الوقف ، وأن يكون مؤبدا بأن يجعل آخره للفقراء . لما روى عن عمر وابن عباس ومعاذ رضي الله عنهم أنهم قالوا : لا يجوز الصدقة إلا بحوزة مقبوضة ، ولأن التملك حقيقة من الله لا يتصور لأنه مالك الأشياء ، وإنما يثبت ذلك ضمنا للتسليم إلى العبد كالزكاة ، ولأنه متى كان له شيء من منافع الوقف لم يخلص لله تعالى . وقال أبو يوسف : شيء من ذلك ليس بشرط لأنه إسقاط وصار كالإعتاق ، وأخذ مشايخ خراسان بقول أبي يوسف ترجيحاً

وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ الْمُشَاعِ (س) ، وَإِنْ حُكِمَ بِهِ جَازٌ ، وَلَا يَجُوزُ حَتَّى يَجْمَعَ
آخِرُهُ لِحِجَّةٍ لَا تَنْقَطِعُ (س) أَبَدًا ، وَيَجُوزُ وَقْفُ الْعَقَارِ ، وَلَا يَجُوزُ وَقْفُ
الْمَنْقُولِ (س) ، وَعَنْ مُحَمَّدٍ جَوَازُ وَقْفِ مَا جَرَى فِيهِ التَّعَامُلُ كَالنَّفَاسِ
وَالْقُدُومِ وَالْمِنْشَارِ وَالْقُدُورِ وَالْجِنَازَةِ وَالْمَصَاحِفِ وَالْكِتَابِ ،

للناس في الوقف . قال الخصاص : ذكر الوقف ذكر التأييد عند أبي يوسف . وعند محمد
لا بد من ذكره . قال القاضي أبو عاصم : قول أبي يوسف أقوى لمقاربة بين الوقف والمالك
إذ في كل واحد منهما معنى التملك وقول محمد أقرب إلى موافقة الآثار ، وبه أخذ مشايخ
بخاري . قال (ولا يجوز وقف المشاع) عند محمد لما ذكرنا من الأثر ولأن القبض عنده
شرط ، ويجوز عند أبي يوسف لأن القسمة من تمام القبض وليس بشرط عنده (وإن حكم
به جاز) بالإجماع لما مر ، وإن طلب الشريك القسمة يقسم لأنها إفراز وإن كان فيها معنى
المبادلة ، إلا أننا غلبنا جهة الإفراز نظرا للوقف ، فإن كان الشريك غير الواقف يقاسمه ،
لأن الولاية له ، وإن كان هو يقاسمه القاضي لثلاثي الطرفين ، ولا يجوز أخذ الدراهم
لوقف لأنه يصير بيعا للوقف ، ويجوز أن يعطيه دراهم من الوقف لأنه يصير مشتريا للوقف
وما لا يمتثل القسمة يجوز مع الشيوع عند محمد اعتبارا بالصدقة والهبة ، ولا يجوز الشيوع
في المسجد والمقبرة بالإجماع ، لأن الشركة تنافي الخلوص لله تعالى والتهاير فيها قبيح بأن
يصل فيه يوما ويسكن يوما ويدفن فيه شهرا ويزرع شهرا ، بخلاف غيرها من الوقوف لأن
الاستغلال ممكن غير مستبشع . قال (ولا يجوز حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع أبدا) وقال
أبو يوسف : يجوز لأن المقصود التقرب إلى الله تعالى وأنه يحصل بجهة تنقطع . ولما أن
موجبه زوال الملك بدون التملك وذلك بالتأييد كالتعلق فإذا لم يتأبد لم يتوفر عليه موجبه ولهذا
يطلبه التوقيت كما يبطل البيع . ثم قيل التأييد شرط بالإجماع إلا أن محمدا اشترط ذكره لأنها
صدقة بالمنفعة أو بالغلة ، وقد يكون مؤقتا ويكون مؤبدا كما في الوصية ، ولا يتعين التأييد
إلا بالتخصيص . وعند أبي يوسف لا يحتاج إلى ذكره ، لأن ذكر الوقف ينفي عنه كما ذكره
الخصاص . قال (ويجوز وقف العقار) لما مر من النصوص والآثار (ولا يجوز وقف
المنقول) وقال أبو يوسف : إذا وقف ضيعة ببقرها وأكرتها وهم عبيده جاز للتبعية وكذلك
وقف الدولاب ومعه سانيته وعليها جبل ودلو . ولو وقف بيتا فيه كؤارة عسل جاز وصار
النحل تابعا للعسل . ولو وقف دارا فيها حمام صار الحمام تبعا له ، وهذا لأن من الأحكام
ما يثبت تبعا ولا يثبت مقصودا كالشرب في بيع الأرض والبناء في الشفعة (وعن محمد جواز
وقف ما جرى فيه التعامل كالنفاس والقُدوم (١) والمنشار والقُدور والجِنَازة والمصاحف والكتب)

بخلاف ما لا تعامل فيه ، والفتوى على قول محمد ، ويجوز حبس الكراع والسلاح ، ولا يجوز بيع الوقف ولا تملكه ، ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارتيه وإن لم يشترطها الواقف ، فإن كان الوقف على غنى عمره من ماله ، وإن كان على فقراء فلا تقدر عليهم ، فإن أبى أو كان فقيراً آجرها القاضي وعمرها بأجرتها ثم ردّها إلى من له السكنى ، وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته ،

لوجود التعامل في هذه الأشياء وبالتعامل يترك القياس كما في الاستصناع . قال عليه الصلاة والسلام « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (بخلاف ما لا تعامل فيه) كالثياب والأمتعة ، لأن من شرط الوقف التأيد كما بينا تركناه في السلاح والكراع بالنقص ، وفيما جرى فيه التعامل بالتعامل فبقى ما وراءه على الأصل (والفتوى على قول محمد) لحاجة الناس وتعاملهم بذلك . قال (ويجوز حبس الكراع والسلاح) أى وقفه في سبيل الله ، لأن خالد بن الوليد وقف دروعاً في سبيل الله وأجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل رجل ناقته في سبيل الله فأراد آخر أن يحج عليها فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال الحج من سبيل الله ، وطلحة حبس سلاحه وكرعه في سبيل الله : أى خيله ، والإبل كالخيل لأن العرب تقاتل عليها وتحمل عليها السلاح . قال (ولا يجوز بيع الوقف ولا تملكه) لما مر من حديث عمر رضى الله عنه ، ولأنه يبطل التأيد والمقصود من الوقف التأيد . قال (ويبدأ من ارتفاع الوقف بعمارته وإن لم يشترطها الواقف تحصيلاً لمقصوده ، فانه قصده وصول الثواب إليه بوصول المنفعة أو الغلة إلى الموقوف عليه على الدوام وذلك ببقاء أصله وإنه بالعمارة فكانت العمارة شرطاً لمقتضى الوقف) فان كان الوقف على غنى عمره من ماله (ليكون الغنى بالغرم لأنه معين يمكن مطالبته) وإن كان على فقراء فلا تقدر عليهم) وغلة الوقف أقرب أموالهم فيجب فيها ، وإن وقف داره على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى ، لأن الخراج بالضمان كنفقة العبد الموصى بخدمته (فإن أبى أو كان فقيراً آجرها القاضي وعمرها بأجرتها ثم ردّها إلى من له السكنى) رعاية للمحتقرين لأنه لو لم يعمرها نفوت السكنى أصلاً فيفوت حقهم في السكنى وحق الواقف في الثواب ، ولا يكره المعتنع عن العمارة لأنه ي تلف مال نفسه ، ولا يكون بامتناعه راضياً ببطلان حقه لأنه في حيز التعارض ثم المستحق من العمارة بقدر ما يبق الموقوف على ما كان عليه ، وكذلك لو خرب بينى كما كان ، لأن بتلك الصفة كانت غلته مصروفة إلى الموقوف عليه فلا حاجة فيه إلى الزيادة ، ومن له السكنى لا يجوز إيجارته لعدم ملكيته . قال (وما انهدم من بناء الوقف وآلته صرف في عمارته) مثل الآجر والخشب والقار والأحجار ليبنى

فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته ، وإن تعدّر إعادة عينه بيع ،
ويصرف الثمن إلى عمارته ، ولا يقسمه بين مستحقى الوقف ، ويجوز
أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها له والولاية إليه ، فإن كان غير
مأمون نزعه القاضي منه وولى غيره ، ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه
عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه (س) .

على التأيد (فإن استغنى عنه حبس لوقت حاجته) فيصرف فيها لأنه لا بد من العماره
فيحبسه كيلا يتعدّر عليه وقت الحاجة (وإن تعدّر إعادة عينه بيع ويصرف الثمن إلى عمارته)
صرفاً له إلى مصرف الأصل (ولا يقسمه بين مستحقى الوقف) لأن العين حق الله تعالى
وهذا منها فلا يصرف إليهم غير حقهم . قال (ويجوز أن يجعل الواقف غلة الوقف أو بعضها
له والولاية إليه) وقد مرّ وجهه والاختلاف فيه (فإن كان غير مأمون نزعه القاضي منه
وولى غيره) نظراً للفقراء كإخراج الوصى نظراً للصغير ، وإن شرط أن ليس للقاضي عزله
فالشرط باطل لمخالفته حكم الشرع ، وإن مات القيم في حياة الواقف نصب غيره لأن الولاية
له ووصيه بمنزله ، لأن ولايته للوقف نظرية وهي فيما ذكرنا فإن كان لم يوص إلى أحد
فالرأى للقاضي ، ولا يجعل القيم من الأجانب ما دام يجد من أهل بيت الواقف من يصلح
لذلك إما لأنه أشفق أو لأن من قصد الواقف نسبة الوقف إليه وذلك فيما ذكرنا ، فإن
لم يجد من الأجانب من يصلح ، فإن أقام أجنبياً ثم صار من ولده من يصلح صرفه إليه كما
في حقيقة الملك . أرباب الوقف المعلومون إذا نصبوا متولياً بدون رأى القاضي صحّ إذا
كانوا من أهل الصلاح كما إذا اجتمع أهل مسجد على نصب متولٍ جاز لأن الحق لهم .
قال (ومن بنى مسجداً لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه) لأنه لم يخلص لله
تعالى إلا به . قال (ويأذن بالصلاة فيه) عند أبي حنيفة ومحمد لأنه تسليم وهو شرط عندهما ،
وعند أبي يوسف يصير مسجداً بمجرد قوله جعلته مسجداً ، لأن التسليم ليس بشرط كالإعتاق
والفرق لهما أن العبد في يد نفسه ولا كذلك المسجد ، والتسليم أن يصلى فيه جماعة في رواية
الحسن ، لأن المساجد بنيت للجماعة ، ولو صلى فيه واحد أو جماعة وحدانا في رواية
لا يصحّ ، وهو قول محمد لما بينا ، وفي رواية يصحّ لأنه من خصائص المساجد وبها
يتحرّر عن حقوق العباد ، قال الله تعالى - وأن المساجد لله - أضافها إلى نفسه إضافة اختصاص
كالكعبة ، ولهذا لا يصحّ فيه شرط الخيار ولا تعيينه الإمام ولا من يصلى فيه ، بخلاف غير
المساجد حيث بقي مملوكاً ينتفع به كسائر المملوكات سكنى وزراعة حتى لو لم يخلص المسجد
لله تعالى بأن كان تحته سرداب أو فوقه بيت ، أو جعل وسط داره مسجداً وأذن للناس
بالدخول والصلاة فيه لا يصير مسجداً ويورث عنه ، إلا إذا كان السرداب أو العلو لمصالح

وَمَنْ بَنَى سِقَايَةَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ خَانًا لِأَهْلِ السَّبِيلِ أَوْ رِبَاطًا أَوْ حَوْضًا أَوْ حَقَرًا
بِتْرًا أَوْ جَعَلَ أَرْضَهُ مَقْبَرَةً أَوْ طَرِيقًا لِلنَّاسِ لَا يَلْزَمُ مَا لَمْ يَحْكُمُ بِهِ حَاكِمٌ
أَوْ يُعْلِقَهُ بِمَوْتِهِ ، وَالْوَقْفُ فِي الْمَرَضِ وَصِيَّةٌ . رِبَاطٌ اسْتَفْنَى عَنْهُ يُصْرَقُ
وَقَفُّهُ إِلَى أَقْرَبِ رِبَاطٍ لِيَتَّهِ ، وَكَوَضَاقُ الْمَسْجِدِ وَيَجْتَنِبُهُ طَرِيقُ الْعَامَّةِ يُوسَّعُ
مِنْهُ الْمَسْجِدُ ، وَكَوَضَاقُ الطَّرِيقِ يُوسَّعُ مِنَ الْمَسْجِدِ .

المسجد أو كانا وقفا عليه ، وعن محمد أنه لما دخل الرى أجاز ذلك بكل حال لضيق
المنازل . وعن أبي يوسف مثله لما دخل بغداد ؛ ولو خرب ما حول المسجد بوفرق الناس
عنه يعود ملكا ويورث عنه عند محمد خلافا لأبي يوسف . وذكر بعضهم قول أبي حنيفة
مع أبي يوسف وبعضهم مع محمد . قال (ومن بنى سقاية للمسلمين أو خانا لأهله السبيل
أو رباطا أو حوضا أو حفر بئرا أو جعل أرضه مقبرة أو طريقا للناس) فعند أبي حنيفة
(لا يلزم ما لم يحكم به حاكم أو يعلقه بموته) على ما تقدم من أصله ، لأنه لم ينقطع حقه عنه
حتى جاز له أن يستق ويصن ويدفن ويشرب من الحوض ، بخلاف المسجد لأنه لم يبق
له فيه حق . وعند أبي يوسف يلزم بالقول لما تقدم إذ التسليم ليس بمشروط . وعند
محمد يشترط التسليم ، وهو الاستقاء من السقاية والبئر والدفن في المقبرة والزول في الخان
والرباط والشرب من الحوض ويكتفى فيه بفعل الواحد لتعدد الجنس ، ولو نصب له متول
وسلمه إليه جاز لأنه نائب عن الموقوف عليهم ، وكذلك إن سلم المسجد إلى متول يقوم
بمصلحته يجوز ، وإن لم يصل فيه هو الصحيح ، وكذا إن سلمه إلى القاضي أو نائبه ،
ويستوى في ذلك الفقراء والأغنياء عرفا الحاجة الكل إلى ذلك . قال (والوقف في المرض
وصية) لأنه تبرع فصار كسائر التبرعات . قال (رباط استغنى عنه يصرف وقفه إلى أقرب
رباط إليه) لأنه أصلح . رباط على بابه قنطرة ولا يتنفع بالرباط إلا بالعبور عليها وليس لها
وقف يجوز أن تعمر بما فضل من وقف الرباط لأنها مصلحة العامة (ولو ضاق المسجد
ويجنبه طريق العامة يوسع منه المسجد) لأن كليهما للمسلمين نص عليه محمد (ولو ضاق
الطريق وسع من المسجد) عملا بالأصلح ، ويجوز القضاء بالشهادة القائمة على الوقف من
غير دعوى لأنه من حقوق الله تعالى فلا تحتاج إلى مدع وهو مجتهد فيه فينفذ بالإجماع .

فصل

وقف على الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة إن وقف في صحته يجوز الصرف إليها وفي
مرضه لا لأنه بمنزلة الهبة . اشترى القيم ثوبا وأعطى المساكين لا يجوز ، لأن حقهم
في الدراهم . إذا غرس القيم في المسجد فهو للمسجد كالبنا ، وإن غرس على نهر العامة

فهو له ، وله أن يرفعه لأنه ليس له ولاية على العامة ، ولا يجوز الوقف على الأغنياء وحدهم لأنه ليس بقربة ولا يستجلب الثواب وصار كالصدقة ، ولو وقف على الأغنياء وهم يحصون ثم من بعدهم على الفقراء جاز ، ويكون كما شرط لأنه قربة في الجملة بأن انقرض الأغنياء . ولو قال أرضي هذه صدقة موقوفة على الفقراء يدخل فقراء قرابته وأولاده ، وصرف الغلة إليهم أولى من صرفها إلى الأجانب لأنه صدقة وصلة ، ثم للصرف إلى ولده أفضل لأن الصلة في حقه أوجب وأجزل ، ثم إلى قرابته ، ثم إلى مواليه ، ثم إلى جيرانه ثم إلى أهل مصره أقربهم منزلا إلى الواقف ، هكذا ذكره هلال بن يحيى الرازي : وينبغي أن يعطى الكل في بعض الأوقات ، لأنه إذا صرف الكل إليهم دائما وقدم العهد ربما اتخذوه ملكا لأنفسهم ، ويكره أن يعطى كل فقير مائتي درهم لأنها صدقة فأشبهت الزكاة ، ولا يكره ذلك إذا قال على فقراء قرابته لأنه كالوصية ، وإذا وقف على ولده وولد ولده يدخل فيه ولد صلبه وولد ولده الموجودين يوم الوقف وبعده ، ويشترك البطنان في الغلة ، ولا يدخل من كان أسفل من هذين البطين لأنه خصهما بالذكر ، وفي دخول أولاد البنات روايتان تذكر في الوصايا إن شاء الله تعالى . ولو قال على ولدي وولد ولدي ، وأولادهم تدخل البطون كلها وإن سفلوا ، الأقرب والأبعد فيه سواء لأنه ذكر أولادهم على العموم ، ولو قال على أولادي يدخل فيه البطون كلها لعموم اسم الأولاد ، ولكن يقدم البطن الأول فإذا انقرض فالثاني ، ثم من بعدهم يشترك جميع البطون فيه على السواء قريبهم وبعيدهم ، لأن المراد صلة أولاده وبرهم ، والإنسان يقصد صلة ولده لصلبه لأن خدمته إياه أكثر وهم إليه أقرب فكان عليه استحقاقه أرجح ، ثم النافلة قد يخدمون الجسد فكان قصد صلتهم أكثر ، ومن عدا هذين قل ما يدرك الرجل خدمتهم فيكون قصده برهم وصلتهم لنسبتهم إليه لا لخدمتهم له ، وهم في النسبة إليه سواء فاستووا في غلة الاستحقاق . وقف على فقراء قرابته فن أثبت القرابة والفقر بالبيئة يستحق وإلا فلا ، والبيئة على القرابة إن لم يفسروها لا تقبل الشهادة لتنوع القرابة واختلافها ، كما إذا شهدوا أنه وارث لا تقبل مالم يفسروا جهة الإرث . والبيئة على الفقر لا تسمع ما لم يقل الشهود : إنه فقير معدم لا نعلم له مالا ولا أحدا تلزمه نفقته ، لأن كل من له نفقة على غيره بغير قضاء لا حظ له في هذا الوقف كالولد الصغير ونحوه لأنهم يأخذون النفقة فيصبرون بها أغنياء ، ومن لا يستحق النفقة إلا بقضاء كالإخوة ونحوهم له حظ في هذا الوقف ، والقضاء بفقره في الوقف لا يكون قضاء بفقره في حق الدين . والقضاء لفقره في حق الدين قضاء بفقره في حق الوقف ، لأن من له مسكن وخادم وعروض الكفاية فقير في حق الوقف دون الدين ، ولو قال على أقرب قرابتي فبنت

بنت البننت أولى من الأخت لأبوين لأنها من صلبه والأخت من صلب أبيه ولا يعتبر الإرث.

فصل

لأن يجوز إجارة الوقف أكثر من المدة التي شرطها الواقف ، لأنه يجب اعتبار شرط الواقف لأنه ملكه أخرجه بشرط معلوم ولا يخرج إلا بشرطه ، فإن لم يشترط مدة فالمتقدمون من أصحابنا قالوا : يجوز إجارته أى مدة كانت ، والمتأخرون قالوا : لا يجوز أكثر من سنة لئلا يتخذ ملكا بطول المدة فتندرس سمة الوقفية ويتسم بسمة الملكية لكثرة الظلمة في زماننا ، تغلبهم واستحل لهم ، وقيل يجوز في الضياع ثلاث سنين وفي غير الضياع سنة وهو المختار ، لأنه لا يرغب في الضياع أقل من ذلك ، ولا تجوز إجارته إلا بأجر المثل دفعا للضرر عن الفقراء ، فلو آجره ثلاث سنين بأجرة المثل ثم ازدادت لكثرة الرغبات لاتنقض الإجارة ، لأن المعتبر أجر المثل يوم العقد . وليس للموقوف عليه إجارة الوقف إلا أن يكون وليا من جهة الواقف أو نائباً عن القاضي ، وإذا آجره القاضي أو نائبه أو الولي لاتنسخ الإجارة بموته ، لأنه كالوكيل عن الموقوف عليهم ، والعقود لاتنسخ بموت الوكيل ، ولو سكنه الموقوف عليه إن شرط الواقف السكنى له فله ذلك ، وإن شرط الغلة له ، قيل ليس له ذلك ، وقيل له لأن له أن يسكنها غيره بالإجارة فهو أولى ، والأحوط أن يؤجرها القيم من غيره ويعطيه الأجرة ، ولا يجوز إعارة الوقف وإسكانه لأن فيه إبطال حق الفقراء ، ولا يصح رهنه فإن سكنه المرتهن يجب عليه أجر مثله . وكذا لو باع المتولى منزلاً موقوفاً فسكنه المشتري ، ثم فسخ البيع فعلى المشتري أجر مثله والفتوى في غصب عقار الوقف وإنلاف منافعه وجوب الضمان نظراً للوقف وهو المختار ، ولو استدان القيم للخراج والإنفايات إن أمره الواقف بذلك جاز ، وإن لم يأمره فالأصح أنه إن لم يكن له بد من ذلك يرفع الأمر إلى القاضي حتى يأمره بالاستدانة ثم يرجع في الغلة قيم اشترى من غلة المسجد حانوناً للمسجد يجوز بيعه عند الحاجة لأنه من غلة الوقف وليس بوقف . لأن صحة الوقف تعتمد الشرائط ولم توجد فيه . رجل وقف على ساكني مدرسة كذا من طلبة العلم فسكنها متعلم لا يبيت فيها جاز له ذلك إن كان يأوى في بيت من بيوتها ، وله فيه آله السكنى لأنه يعد ساكناً فيه . ولو اشتغل بالليل بالحراسة والنهار يقصر في التعليم ، فإن كان مشغلاً بعمل آخر لا يعد به من طلبة العلم لا يحل له ذلك ، وإن لم يشتغل وهو يعد من طلبة العلم حل ، ولو وقف على ساكني مدرسة كذا ولم يقل من طلبة العلم فهو الأول سواء لأن المتعارف في ذلك إنما هو طلبة العلم دون غيرهم . ومن كان يكتب الفقه لنفسه ولا يتعلم فله الوظيفة

كتاب الهبة

وَتَصِحُّ بِالْإِيجَابِ وَالْقَبُولِ وَالْقَبْضِ ، فَإِنْ قَبَضَهَا فِي الْمَجْلِسِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ
جَازٌ ، وَبَعْدَ الْإِفْتِرَاقِ يَفْتَقِرُ إِلَى إِذْنِهِ ،

لأنه متعلم ، وإن كتب لغيره بأجرة لا يحل له ، وإن خرج من المصر مسيرة ثلاثة أيام
فصاعدا لا وظيفة له لأنه لم يبق ساكنا ، وإن خرج ما دون ذلك إلى بعض القرى وأقام
خمسة عشر يوما فلا وظيفة له ، فإن أقام أقل من ذلك فإن كان لابد له منه كطلب القوات
ونحوه فله الوظيفة ، وإن خرج للتنزه لا يحل له .

كتاب الهبة

وهي العطية الحالية عن تقدّم الاستحقاق ، يقال : وهبته ووهبت منه ، قال تعالى
- يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور - والآتاه : قبول الهبة ، ولهذا شرط فيها
القبض ، لأن تمام الإعطاء بالدفع والتسليم ، وهو أمر مندوب وصنيع محمود محبوب ،
قال عليه الصلاة والسلام « تهادوا تحابوا » وفي رواية « تهابوا » وقبولها سنة ، فإنه صلى الله
عليه وسلم قبل هدية العبد ، وقال في حديث بريرة « هو لها صدقة ولنا هبة » وقال عليه
الصلاة والسلام « ولو أهدى إلى طعام لقبلت ، ولو دعيت إلى كراع لأجبت » وإليها
الإشارة بقوله تعالى - فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا - أي طابت نفوسهن بشيء من ذلك
فوهبته منكم - فكلوه هنيئا مريئا - وهي نوعان : تمليك ، وإسقاط ، وعليها الإجماع .
قال (وتصح بالإيجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب فلائنه عقد تمليك ولا بد
فيه منهما . وأما القبض فلائنه الملك لو ثبت بدونه للزم المتبرع شيء لم يلزمه وهو التسلم
بخلاف الوصية ، لأنه لا إلزام للميت لعدم الأهلية ولا للوارث لعدم الملك ، ولأن الملك
بالتبرع ضعيف لا يلزم ، وملك الواهب كان قويا فلا يلزم بالسبب الضعيف ، وقد روى
عن جماعة من الصحابة مرفوعا وموقوفا « لا تجوز الهبة والصدقة إلا مقبوضة محوزة » والمراد
الملك لأن الجواز ثابت بدونه إجماعا . قال (فإن قبضها في المجلس بغير إذنه جاز ، وبعد
الافتراق يفتقر إلى إذنه) والقياس أن لا يجوز في الوجهين إلا بأذنه لأنه تصرف في ملك
الواهب لبقاء ملكه قبل القبض . وجه الاستحسان أن التملك بالهبة تسليط على القبض وإذن له
فصار الموهوب له مأذونا في القبض ضمنا للإيجاب واقتضاء ، والإيجاب يقتصر على المجلس
فكلما ما ثبت ضمنا له وكذلك الصدقة ، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض في المجلس ، لأن
الثابت ضمنا لا يعارض الصريح . أو نقول النهي رجوع والقبض كالقبول وأنه يملك الرجوع

وَإِنْ كَانَتْ فِي يَدِهِ مَلَكَهَا بِمَجْرَدِ الْهِبَةِ ، وَهَبَةُ الْآبِ لِابْنِهِ الصَّغِيرِ تَمَّ بِمَجْرَدِ الْعَقْدِ ، وَيَمْلِكُ الصَّغِيرُ الْهِبَةَ بِقَبْضِ وَلِيِّهِ وَأُمِّهِ وَيَقْبِضُ بِنَفْسِهِ . وَتَتَعَقَّدُ الْهِبَةُ بِقَوْلِهِ : وَهَبْتُ وَنَحَلْتُ وَأَعْطَيْتُ وَأَطْعَمْتُكَ هَذَا الطَّعَامَ وَأَعْمَرْتُكَ ، وَنَحَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا نَوَى الْهِبَةَ ، وَكَسَوْتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَهَبَةُ الْمَشَاعِ فِيْمَا لَا يُقْسَمُ جَائِزَةٌ

قبل القبض . قال (وإن كانت في يده) كالمودع والمستعير والمستأجر والغاصب (ملكها بمجرد الهبة) لأنه إن كان قبضها أمانة فينوب عن الهبة ، وإن كان ضمانا فهو أقوى من قبض الهبة ، والأقوى ينوب عن الأدنى ، ولو وهب من رجل ثوبا فقال قبضته صار قابضا عند أبي حنيفة ، وجعل تمكنه من القبض كالتخلى في البيع . وقال أبو يوسف : لا بد من القبض بيده ، ولو قبض الموهوب له الهبة ولم يقل قبلت صحته الهبة . قال (وهبة الأب لابنه الصغير تم بمجرد العقد) لأنها في يد الأب وهو الذي يقبض له فكان قبضه كقبضه ، وكل من يعوله في هذا كالأب ، ولو وهب لابنه الكبير وهو في عياله فلا بد من قبضه ، لأنه لا ولاية له عليه فلا يقبض له . قال (ويملك الصغير الهبة بقبض وليه وأمه ويقبضه بنفسه) معناه : إذا وهبه أجنبي فالولي كالأب ووصيه والجد ووصيه لقيامهم مقام الأب ، وكذا إذا كان في حجر أجنبي يربيه كالقبط وقد بيناه ، والأم لها ولاية حفظه ، وهذا منه لأنه لا بقاء له بدون المال فاحتاجت إلى ولاية التحصيل وهذا منه . وأما قبضه بنفسه فعنه إذا كان عاقلا لأنه تصرف نافع وهو من أهله ، ويجوز قبض الزوج لزوج الصغيرة بعد ما زفت إليه ، لأن الأب فوض أمرها إليه وذلك بعد الزفاف لا قبله حتى يملكه بحضرة الأب . قال (وتتعقد الهبة بقوله : وهبت) لأنه صريح فيه (ونحلت) لكثرة استعمالها فيه ، قال عليه الصلاة والسلام : « أكل » ولذلك نحلت هكذا ، (وأعطيت) صريح أيضا (وأطعمتك هذا الطعام) لأن الإطعام صريح في الهبة إذا أضيف إلى المطعوم لأنه لا يطعمه إلا بالأكل ولا أكل إلا بالملك ، ولو قال : أطعمتك هذه الأرض فهو عارية لأنها لا تنظم (وأعمرتك) هذا الشيء وجعلت هذه الدار لك عمرى ، قال عليه الصلاة والسلام : « من أعمار عمرى فهي للمعمر له ولورثته من بعده » (وحملتك على هذه الدابة إذا نوى الهبة) لأن المراد به الإركاب حقيقة وبستعمل في الهبة ، يقال : حمل الأمير فلانا على فرس : أى وهبه فيحمل عليه عقد الهبة (وكسوتك هذا الثوب) قال تعالى - أو كسوتهم - أراد تمليكهم الكسوة ، ويقال : كساه ثوبا إذا وهبه ، ولو قال : منحتك هذه الدار أو هذه الجارية فهي عارية إلا أن ينوى الهبة ، ولو قال ذلك فيا لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو هبة كالدراهم والدنانير والمطعوم والمشروب . قال (وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ،

وَفِيهَا يُقْسِمُ لَا يَجُوزُ (ف) ، فَإِنْ قَسَمَ وَسَلَّمَ جَازَ كَسَمَهُمْ فِي دَارٍ ، وَاللَّبَنِ فِي الضَّرْعِ ، وَالصُّوفِ عَلَى الظَّهْرِ ، وَالتَّمْرِ عَلَى النَّخْلِ ، وَالزَّرْعِ فِي الْأَرْضِ ، وَلَوْ وَهَبَهُ دَقِيقًا فِي حِنْطَةٍ ، أَوْ سَمْنًا فِي لَبَنٍ ، أَوْ دُهْنًا فِي سَمِمْ فَاَسْتَخْرَجَهُ وَسَلَّمَهُ لَا يَجُوزُ ، وَلَوْ وَهَبَ اثْنَانِ مِنْ وَاحِدٍ جَازَ ، وَبِالْعَكْسِ لَا يَجُوزُ (س) وَلَوْ تَصَدَّقَ عَلَى فَقِيرَيْنِ جَازَ ، وَعَلَى غَنِيَّيْنِ لَا يَجُوزُ ، وَمَنْ وَهَبَ جَارِيَةً إِلَّا حَمَلَهَا صَحَّتِ الْهَبَةُ وَبَطُلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ،

وفيما يقسم لايجوز (لأن القبض شرط في الهبة لما روينا وأنه غير ممكن في المشاع ، ولو جوزناه لكان له إيجاب الواهب على القسمة ولم يلتزمه فيكون إضرارا به ، وما لا يقسم الممكن فيه القبض الناقص فيكتفى به ضرورة ، ولا يلزم ضرر الإيجاب على القسمة ببقاء الإيجاب على المهايأة . قلنا المهايأة في المنافع ولم يتبرع بها ، لأن الهبة صادفت العين لا المنافع . قال (فان قسم وسلم جاز) لأن بالقبض لم يبق شيوع وذلك (كسهم في دار و) مثله (اللبن في الضرع والصوف على الظهر والتمر على النخل والزرع في الأرض) لأن اتصال هذه الأشياء كالشيوع من حيث أنه يمنع القبض ، وكذلك لو وهبه من شريكه لايجوز لعدم إمكان القبض . قال (ولو وهبه دقيقا في حنطة ، أو سمنًا في لبن ، أو دهنًا في سمسم فاستخرجه وسلمه لايجوز) لأن الموهوب معدوم فلا يكون محلا للملك فبطل العقد فيحتاج إلى عقد جديد أما المشاع فحل التملك حتى جاز بيعه دون ذلك . قال (ولو وهب اثنان من واحد جاز ، وبالعكس لايجوز) أما الأول فلأنهما سلماها والموهوب له قبضها جملة ولا شيوع ولا ضرر . وأما الثانية فذهب أبي حنيفة وقال : يصح أيضا لأنها هبة واحدة والتمليك واحد فلا شيوع ، وصار كالرهن من اثنين ولأبي حنيفة أنه وهب من كل واحد منهما النصف لأنه يثبت لكل واحد منهما الملك في النصف ، ألا ترى أنه لو كان فيما لا يقسم ، فقبل أحدهما صح في النصف فكان تملكها للنصف وأنه شائع ، وأما الرهن فالمستحق فيه الحبس ، ويثبت لكل واحد كلا وتماه مرة في الرهن . قال (ولو تصدق على فقيرين جاز) وكذلك لو وهب لهما (وعلى غنيين لايجوز) وقال : تجوز في الغنيين أيضا لما مر والفرق لأبي حنيفة أن إعطاء الفقير يراد به وجه الله تعالى فهو واحد ، وسواء كان بلفظ الصدقة أو بلفظ الهبة ، وسواء كان فقيرا واحدا أو أكثر ، والإعطاء للغني يراد به وجه الغني وهما اثنان فكان مشاعا ، والصدقة على الغني هبة لأنه ليس من أهل الصدقة . قال (ومن وهب جارية إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) لما تقدم أن الاستثناء إنما يعمل فيما يعمل فيه العقد ، والهبة لاتصح في الحمل فكذا الاستثناء فكان شربنا فاسدا ، والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر

فصل

وَيَحْجُوزُ الرَّجُوعُ فِيهَا يَهَبُهُ لِلْأَجْنَبِيِّ (ف) وَيَكْرَهُهُ ، فَإِنْ عَوَّضَهُ أَوْ زَادَتْ زِيَادَةً مُتَّصِلَةً أَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَوْ خَرَجَتْ عَنْ مِلْكِ الْمُوْهَبِ لَهُ فَلَا رَجُوعَ ،

بخلاف البيع فإنه يفسد بالشروط الفاسدة ، لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ، ولو دبر الجنين ثم وهبها لم يحز ، ولو أعتقه ثم وهبها جاز ، والفرق أن المدبر مملوك الواهب وأنه متصل بالأم اتصال خلقه ، فنعحة القبض كالمشاع ، وفي الحر لم يبق ما كاله ، فالموهوب غير مشغول بحقه ولا متصل به فلا يمنع الصحة ، ولو وهبه جارية على أن يعتقها أو يستولدها ، أو على أن يدبرها ، أو دارا على أن يرد عليه شيئا منها أو يعوضه عنها شيئا فالحبة جائزة والشرط باطل ، لأنها شروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة ، وأنها لا تبطل الهبة لما مر .

فصل

المعاني المانعة من الرجوع في الهبة : المحرمة من القرابة ، والزوجية ، والمعاوضة ، وخروجها من ملك الموهوب له ، وحدثت الزيادة أو التغيير في عينها ، وموت الواهب أو الموهوب له على ما نبينه إن شاء الله تعالى . قال (ويجوز الرجوع فيما يهبه للأجنبي) لقوله عليه الصلاة والسلام « الواهب أحق بهبته ما لم يشب منها » أي ما لم يعوض عنها (ويكره ذلك لأنه من باب الحساسة والدناءة . وقال عليه الصلاة والسلام « العائد في هبته كالكا يعود في قيئه » شبه له الحساسة الفعل ودناءة الفاعل ، وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام « لا يحل » للواهب أن يرجع في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ، أي لا يحل له الرجوع من غير قضاء ولا رضى إلا الوالد فإنه يحل له ذلك عند الحاجة ، فهذا الحمل أولى جمعا بين الحديتين . قال (فإن عوّضه أو زادت زيادة متصلة) في نفسها (أو مات أحدهما ، أو خرجت عن ملك الموهوب له فلا رجوع) أما إذا عوّضه فلما روينا من الحديث ، ولأن المقصود من الهبة التمويض عادة وقد حصل . وأما الزيادة كالسمن والكبر والبناء والغرس والصبغ والحيطة فلأنه لا يمكن الرجوع بدون الزيادة ، ولا سبيل إلى الرجوع مع الزيادة لأن العقد ما ورد عليها . وأما موت الواهب فلا سبيل للوارث عليها إذ هو أجنبي من العقد . وأما موت الموهوب له فلا تنتقل إلى ورثته والتبليك لم يوجد منه وصار كما إذا انتقل منه حال حياته وأما إذا خرجت من ملك الموهوب له فلائنه إنما أخرجها بتسليطه فلا يملك نقضه كالوكيل ، ونقصان الموهوب لا يمنع الرجوع بأن انتقصت قيمته أو أنهدم البناء أو ولدت الجارية ،

وَلَا رُجُوعَ فِيهَا يَهَبُهُ لِذِي رَحْمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَتِهِ أَوْ زَوْجٍ ، وَلَوْ قَالَ
الْمَوْهُوبُ لَهُ خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ أَوْ عِوَضَهَا أَوْ مُقَابِلَتَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أُجْنَبِي مُتَبَرِّعًا فَقَبْضُهُ سَقَطَ الرَّجُوعُ ، وَلَوْ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْهَيْبَةِ رَجَعَ

بِنِصْفِ الْعِوَضِ ، وَإِنْ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الْعِوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ (ز) ،
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ فِيهَا حَتَّى يَسْتَفِي عَنْهَا وَلَدَهَا ، وَلَوْ وَهَبَ عَبْدًا فَزَادَتْ قِيمَتُهُ ثُمَّ شَاخَ
فَنَقَصَتْ لَا يَرْجِعُ فِيهِ لِأَنَّهُ أَزَادَ فِي بَدَنِهِ وَطَالَ فِي جَسَدِهِ ثُمَّ انْتَقَصَ بِوَجْهِ آخِرٍ وَهُوَ شَيْخُوخَتُهُ
فَلَا يَرْجِعُ . قَالَ (وَلَا رُجُوعَ فِيهَا بَيْنَهُ لَدَى رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ أَوْ زَوْجَةٍ أَوْ زَوْجٍ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ
صِلَةَ الرَّحِمِ وَزِيَادَةَ الْأَلْفَةِ بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَفِي الرَّجُوعِ قِطْعَةُ الرَّحِمِ وَالْأَلْفَةُ ، لِأَنَّهُا تَوَرَّتِ
الْوَحْشَةُ وَالنَّفَرَةُ فَلَا يَجُوزُ صِيَانَةُ الرَّحِمِ عَنِ الْقِطْعَةِ وَإِبْقَاءُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى الْأَلْفَةِ وَالْمُودَّةِ
وَفِي الْحَدِيثِ « إِذَا كَانَتِ الْهَيْبَةُ لَدَى رَحِمٍ مَحْرَمٍ لَمْ يَرْجِعْ فِيهَا » وَسَوَاءٌ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ
مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لَشُمُولِ الْمَعْنَى ، وَلَوْ وَهَبَهَا ثُمَّ أَبَانَهَا لَمْ يَرْجِعْ ، وَلَوْ وَهَبَ أُجْنَبِيَّةً ثُمَّ تَزَوَّجَهَا
لَهُ الرَّجُوعُ ، وَالْمُتَبَرِّعُ الْمَقْصُودُ وَقْتُ الْعَقْدِ ، وَإِنْ وَهَبَ لِأَخِيهِ وَهُوَ عَبْدٌ لَهُ الرَّجُوعُ ،
وَكَذَلِكَ إِنْ وَهَبَ لِعَبْدٍ أَخِيهِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقَالَا : لَا رُجُوعَ لَهُ لِأَنَّ الْمَلِكَ وَقَعَ لِلْمَوْلَى
فَكَانَ هَيْبَةً لِلْأَخِ ، وَلَهُ أَنَّ الْهَيْبَةَ وَقَعَتْ لِلْعَبْدِ حَتَّى اعْتَبَرَ قَبُولُهُ وَرَدُّهُ وَالْمَلِكُ يَقَعُ لَهُ ، ثُمَّ يَنْتَقِلُ
إِلَى مَوْلَاهُ عِنْدَ الْفَرَاغِ مِنْ حَاجَتِهِ حَتَّى لَوْ كَانَ مَدِينُونَ لَا يَنْتَقِلُ إِلَى مَوْلَاهُ وَلَا صِلَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ
الْعَبْدِ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ الْمَوْهُوبُ لَهُ : خُذْ هَذَا بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ أَوْ عِوَضَهَا أَوْ مُقَابِلَتَهَا أَوْ عَوَضَهُ
أُجْنَبِي مُتَبَرِّعًا فَقَبْضُهُ سَقَطَ الرَّجُوعُ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ :
خُذْ هَذَا مَكَانَ هَيْبَتِكَ ، أَوْ ثَوَابًا مِنْهَا ، أَوْ كَافَأْتُكَ بِهِ ، أَوْ جَازَيْتُكَ عَلَيْهِ ، أَوْ أَثْبَتْتُكَ ،
أَوْ نَحَلْتُكَ هَذَا عَنْ هَيْبَتِكَ ، أَوْ تَصَدَّقْتُ بِهِ عَلَيْكَ بَدَلًا عَنْ هَيْبَتِكَ فَهَذَا كُلُّهُ عِوَضٌ وَحُكْمُهُ
حُكْمُ الْهَيْبَةِ ، يَصِحُّ بِمَا تَصِحُّ بِهِ الْهَيْبَةُ ، وَيَبْطُلُ بِمَا تَبْطُلُ بِهِ ، وَيَتَوَقَّفُ الْمَلِكُ فِيهِ عَلَى الْقَبْضِ
وَلَا يَكُونُ فِي مَعْنَى الْمَعَاوِضَةِ أَصْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَضِفْ الْعِوَضُ إِلَى الْهَيْبَةِ بِأَنْ أُعْطَاهُ شَيْئًا وَلَمْ يَقُلْ
عِوَضًا عَنْ هَيْبَتِكَ لَا يَكُونُ عِوَضًا وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الرَّجُوعُ ، فَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ جَمِيعِ الْهَيْبَةِ
بَطَلَ الرَّجُوعُ فِي الْجَمِيعِ قُلَّ الْعِوَضُ أَوْ كَثُرَ ، وَإِنْ عَوَضَهُ عَنْ نِصْفِهَا فَلَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا بَقِيَ
لِأَنَّ الْمَانِعَ التَّعْوِضَ فَيَنْقُذُ رِبْقَتَهُ . قَالَ (وَلَوْ اسْتُحِقَّ نِصْفُ الْهَيْبَةِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْعِوَضِ)
لِأَنَّهُ مَا عَوَضَهُ بِهَذَا الْعِوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْمَوْهُوبِ وَلَمْ يَسْلَمْ إِلَّا نِصْفُهُ فَيَرْجِعُ بِنِصْفِ
مَا عَوَضَهُ (وَإِنْ اسْتُحِقَّ بَعْضُ الْعِوَضِ لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ مِنْهُ) وَقَالَ زُفَرٌ : يَرْجِعُ بِمَحْصَتِهِ مِنَ
الْمَوْهُوبِ اعْتِبَارًا بِالْعِوَضِ الْآخِرِ . وَلَنَا أَنَّهُ لَمَّا اسْتُحِقَّ بَعْضُهُ ظَهَرَ أَنَّهُ مَا عَوَضَهُ إِلَّا بِالْبَاقِي
وَهُوَ يَصْلَحُ عِوَضًا عَنِ الْكُلِّ ، فَلَا يَرْجِعُ إِلَّا أَنْ يَرُدَّ الْبَاقِي ثُمَّ يَرْجِعُ ، لِأَنَّهُ مَا أَسْقَطَ حُضَّ
الرَّجُوعِ بِقَبُولِ الْعِوَضِ إِلَّا لِيَسْلَمَ لَهُ جَمِيعُ الْعِوَضِ وَلَمْ يَسْلَمْ فَلَهُ رَدُّهُ ، وَإِذَا رَدَّهُ بَطَلَ

وإن استحقَّ جميعُ العوضِ رجَعَ بالهبة ؛ والهبة بشرطِ العوضِ يُراعى فيها حكمُ الهبة قبلَ القبضِ والبيعِ بعده ؛ ولا يصحُّ الرجوعُ إلاَّ بتراضيهما أو بحكمِ الحاكمِ ، وإنْ هلكَتْ في يده بعدَ الحكمِ لم يضمنْ .

فصل

العُمري جائزةٌ للمُعمر حالَ حياته ، ولورثته بعدَ مماته ، وهي أنْ يجعلَ داره له عُمره ، فإذا مات تردَّ عليه . والرَّقبي باطلَّة (س) ، وهي أنْ تقولَ : إنْ مِتَّ فهى لى ، وإنْ مِتَّ فهى لك .

التعويضُ فعاد حقَّ الرجوع . قال (وإن استحقَّ جميعُ العوضِ رجَعَ بالهبة) لما بينا . قال (والهبة بشرطِ العوضِ يراعى فيها حكمُ الهبة قبلَ القبضِ) فلا يصحُّ في المشاع (و) حكمُ (البيعِ بعده) رعايةً للفظِ والمعنى . وصورته : أنْ يهبه عبدا على أنْ يعوضه عنه ثوبا ، فلكل واحد منهما الامتناع ما لم يتقابضا كما في الهبة ، فإذا تقابضا صار بمنزلة البيع يردَّان بالعيب وتجب الشفعة ، وإن استحقَّ ما فى يد أحدهما رجع بعوضه إن كان قائما ، وبقيته إن كان هالكا . قال (ولا يصحُّ الرجوعُ إلا بتراضيهما أو بحكمِ الحاكمِ) لأنه فصل مجتهد فيه مختلف بين العلماء فله الامتناع ، وولاية الإلزام للقاضي ، وإن تراضيا فقد أبطل حقه فيجوز (وإن هلكَتْ فى يده بعد الحكمِ) بالردِّ (لم يضمن) لأنه أمانة فى يده حيث قبضه لأعلى وجه الضمان .

فصل

(العُمري جائزةٌ للمُعمر حالَ حياته ولورثته) من (بعد مماته) ويطل الشرط (وهي أنْ يجعلَ داره له عُمره ، فإذا مات تردَّ عليه) لما تقدَّم من الحديث ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العُمري وأبطل شرطَ المُعمر ، ولو قال : دارى لك عُمري سكنى أو نخلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة أو هبة سكنى أو سكنى هبة فهى عارية ، لأن ذكر المنفعة وهى السكنى حقيقة فى العارية ، لأن العارية تملك المنفعة وتحتل الهبة والحمل على الحقيقة أولى ؛ ولو قال : هبة تسكنها فهى هبة ، لأن قوله تسكنها مشورة وتنبية على المقصود وليس بتفسير ، بخلاف قوله سكنى . قال (والرَّقبي باطلَّة ، وهى أنْ تقولَ) دارى لك رقبى . ومعناه (إنْ مِتَّ فهى لى ، وإنْ مِتَّ فهى لك) كأن كل واحد منهما يرقب موت الآخر لما روى شريح : أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العُمري وردد الرقبى ، ومراده الرقبى من الرقب (١) ، أما من الإرقاب ومعناه رقبة دارى

وَالصَّدَقَةُ كَالْهَبَةِ إِلَّا أَنَّهُ لَا رُجُوعَ فِيهَا ؛ وَمَنْ نَذَرَ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِمَالِهِ فَهُوَ عَلَى جِنْسِ مَالِ الزَّكَاةِ (ز) ، وَبِمِلْكِهِ عَلَى الْجَمِيعِ ، وَبِمُسْكٍ مَا يَنْفِقُهُ حَتَّى يَكْتَسِبَ ثُمَّ يَتَصَدَّقُ بِمِثْلِ مَا أَمْسَكَ .

لك فانه يجوز ، وهو محل حديث جابر « أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى والرقبي » إلا أنه محتمل ، ولا تثبت الهبة بالشك فتكون عارية . وقال أبو يوسف : الرقبى جائزة لحديث جابر ، ولأن قوله : دارى لك تملك ، وقوله رقبى شرط فاسد لا يبطل الهبة . ولهما حديث شريح ، ولأنه تعليق الملك بالخطر فلا يصح ، وإذا لم يصح يكون عارية عندهما ، لأنه يقتضى إطلاق الانتفاع به ، ولو قال : جميع مالى أو كل شئ أملكه أو جميع ما أملكه لفلان فهو هبة ، لأن ملكه لا يصير لغيره إلا بتمليكه ، ولو قال : جميع ما يعرف بى أو ينسب إلى لفلان فهو إقرار لجواز أن يكون للمقر له ، وهو فى يد المقر يعرف به وينسب إليه . قال (والصدقة كالهبة) فى جميع أحكامها لأنه تبرع (إلا أنه لا رجوع فيها) لأن المقصود منها الثواب وقد حصل ، وكذا الهبة للفقير لأن المقصود الثواب ، وكذا لو تصدق على غنى لأنه قد يطلب منه الثواب بأن يعينه على النفقة لكثرة عياله ، ويؤيد ذلك أنه عبر بالصدقة عنها . قال (ومن نذر أن يتصدق بماله فهو على جنس مال الزكاة) لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، وإيجاب الله تعالى الصدقة المضافة إلى المال يتناول أموال الزكاة ، قال الله تعالى - خذ من أموالهم صدقة تطهرهم - الآية ، فكذا لإيجاب العبد ، فيصدق بالذهب والفضة وعروض التجارة والسواهم والغلة والثمره العشرية والأرض العشرية ، خلافاً لحمد لأن الغالب فى العشر معنى العبادة حتى لا تنجب على الكافر فكانت فى معنى الزكاة ، ولا يتصدق بغير ذلك من الأموال لأنها ليست أموال الزكاة . وقال زفر : يتناول جميع ماله وهو القياس عملاً بعموم اللفظ ، وجوابه مأمور ؛ ولو نذر أن يتصدق بملكه فهو على الجميع ، وذكر الحاكم الشهيد أنه والأول سواء فى الاستحسان ، لأن ذكر المال والملك سواء ، وكذلك ذكر التمسى عنهما . قال : وأبو يوسف فرق بينهما وقال : لفظة الملك أعم عرفاً ، والأول أصح ، لأن الشرع إنما أضاف الصدقة إلى المال لا إلى الملك وذلك موجب تخصيص المال ببقى الملك على عمومه ، وإن لم يكن سوى مال الزكاة لزمه التصديق بالكل بالإجماع (ويمسك ما ينفقه حتى يكتسب ثم يتصدق بمثل ما أمسك) لأنه لو تصدق بالجميع احتاج أن يسأل أو يموت جوعاً وأنه ضرر فاحش ، فيمسك قدر حاجته دفعاً للضرر عنه ، ولم نقدره بشئ لأن الناس يختلفون فى ذلك باختلاف أحوالهم فى النفقات فالحاصل أنه يمسك مقدار كفايته فى نفقته إلى أن يقدر على أدائه مثله . ولو قال : دارى فى المساكين صدقة فدأيه أن يتصدق بها ، وإن تصدق بقيمتها أجزأه ، ولو قال لا خير : كل

كتاب العارية

وَهِيَ هِبَةُ الْمَنَافِعِ ، وَلَا تُكُونُ إِلَّا فِيمَا يُنْتَفَعُ بِهِ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ .

ما يصل إلى من مالك فعلى أن أتصدق به فوهبه شيئا فعليه أن يتصدق به ، ولو أذن له أن يأكل من طعامه لا يتصدق به ، لأن الإباحة لا يملكه إلا بالأكل ، وبعد الأكل لا يمكن التصديق به .

كتاب العارية

وهي مشتقة من التعاور : وهو التداول والتناوب ، يقال : تعاونوا الكلام بيننا : أى تداولناه ، وسمى العقد به لأنهم يتداولون العين ويتدافعونها من يد إلى يد ، أو من العرية وهي العطية ، إلا أن العرية اختصت بالأعيان ، والعارية بالمنافع ، وسميت به لتعريه عن العوض ، وهي عقد مستحب شرعا ، مندوب إليه ، لما فيه من قضاء حاجة المسلم ، وقد ندب الشرع إليه قال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يزال الله في عون المسلم ما دام في عون أخيه » وذمّ تعالى على منعه فقال « ويمنعون المساعون » أى العواري من القدر والفأس ونحوه ؛ وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » واستعار صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان ؛ ولأن التملك نوعان : بعوض ، وغير عوض ؛ والأعيان قابلة للتوعين بالبيع والهبة ، فكذا المنافع بالإجارة والإعارة .

قال (وهي هبة المنافع) وقال الكرخي : إباحة المنافع حتى لا يملك المستعير إجارة ما استعار ولو ملك المنافع للملك لإجارتها ، والأول الصحيح لأن المستعير له أن يعير ، ولو كانت إباحة لما ملك ذلك ، كن أبيح له الطعام ليس له أن يبيحه لغيره ، ولأن العارية مشتقة من العرية وهي العطية ، وإنما لم تجز الإجارة لأنها تملك مؤقت ينقطع حقه عنها إلى انتهاء المدة ، والعارية تملك على وجه لا ينقطع عنها متى شاء ، فلو جازت الإجارة يلزم المعير من الضرر ما لم يلتزمه ولا رضى به فلا يجوز ، أو نقول الإجارة أقوى وألزم من الإعارة والشئ لا يستتبع ما هو أقوى منه . قال (ولا تكون إلا فيما ينتفع به مع بقاء عينه) .

اعلم أن الإعارة نوعان : حقيقة ، وبجاز . فالحقيقة إعارة الأعيان التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها كالثوب والعبد والدار والدابة . وبجاز إعارة ما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالدرهم والدنانير والمكيل والموزون والعددي المتقارب ، فيكون إعارة صورة قرضا معنى ، لأنه رضى باستهلاكه بيدك ، فكان تملكيا بيدك وهو القرض ؛ ولو استعار دراهم ليعاير بها ميزانه أو يزين بها حانوته ليس له أن يتعدى ماسمى من المنفعة ، ولا يكون

وَهِيَ أَمَانَةٌ ، وَتَصِحُّ بِقَوْلِهِ أَعْرَثْتُكَ وَأَطْعَمْتُكَ هَذِهِ الْأَرْضُ ، وَأَخَذْتُكَ هَذَا الْعَبْدَ ، وَمَنْحَتُكَ هَذَا الثَّوْبَ ، وَحَمَلْتُكَ عَلَى هَذِهِ الدَّابَّةِ إِذَا لَمْ يُرَدَّ بِهِمَا الْهَبَةُ ، وَدَارَى لَكَ سَكْنِي أَوْ سَكْنِي عُمرِي ، وَلِلْمُسْتَعِيرِ أَنْ يُعِيرَهَا إِنْ لَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ الْمُسْتَعْمِلِينَ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجَارَتُهَا ، فَإِنْ آجَرَهَا فَهَلَكْتَ ضَمِنَ ،

قرضا كاستعارة الحلي . قال (وهي أمانة) لا يضمنها من غير تعد . قال عليه الصلاة والسلام « ليس على المستعير غير المغل ضمان » ولأنه قبضه من يد المالك لأعلى وجه الضمان ، لأن اللفظ يقتضي تملك المنافع بغير عوض لغة وشرا لما بيننا فلم يكن متعديا ، وتأويل ما روى « أنه عليه الصلاة والسلام استعار دروعا من صفوان ، فقال : أغصبا تأخذها يا محمد ؟ فقال : لا بل عارية مؤداة مضمونة » أي واجبة الرد مضمونة بمثونة الرد توفيقا بين الحديثين بالقدر الممكن . قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطعمتك هذه الأرض) للاستعمال فيه (وأخدمتك هذا العبد) لأن منفعة العبد خدمته ، وقد أذن له في استخدامه (ومنحك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة إذا لم يرد بهما الهبة) لما مر في الهبة (وداری لك سكنی) لأن معناه سكنها لك (أو سكنی عمری) أي سكنها لك عمرك . قال (وللمستعير أن يعيرها إن لم يختلف باختلاف المستعملين ، وليس له إيجارها) لأنه ملك المنافع فيملكها غيره كالموصى له بالخدمة ، بخلاف الإجارة على ما مر . ثم العارية على أربعة أوجه : أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع كمن استعار دابة أو ثوبا ولم يبين وقتا معلوما ولا عين من يستعمله فله أن يستعمله في أي وقت شاء في أي منفعة شاء ، ويركب ويلبس غيره عملا بالإطلاق ، فلو ركب هو أو لبس ليس له أن يركب غيره ولا يلبسه ، وكذا لو ركب غيره لا يركب هو على ما بيناه في الإجارة . والثاني أن تكون مقيدة فيهما بأن استعاره يوما ليستعمله بنفسه ، فليس له أن يركب غيره ولا يلبسه غيره لاختلاف ذلك باختلاف المستعملين ، وله أن يعيرها للحمل لأنه لا يتفاوت ، وكذا له أن يعير العبد والدار لعدم التفاوت . والثالث إذا كانت مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل الحنطة متى شاء . والرابع إذا كانت مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يعمل ما شاء في اليوم ، فان أمسكها بعد الوقت ضمن إن انتفع بها في اليوم الثاني . وقيل يضمن بمجرد الإمساك لأنه أمسك مال الغير بغير إذنه وهو الصحيح ، وإن اختلفا في الوقت والمكان وما يحمل عليها فالقول قول المعير مع يمينه لأن الإذن منه يستفاد فيثبت بقدر ما أقر به به وما زاد فالمستعير مستعمل فيما لم يؤذن له فيضمن . قال (فان آجرها فهلكت ضمن)

وَالْمُعِيرِ أَنْ يُضْمِنَ الْمُسْتَعِيرَ ، وَلَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ وَيَرْجِعُ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ ، فَإِنْ قِيدَها بِوَقْتٍ أَوْ مَنْفَعَةٍ أَوْ مَكَانٍ ضَمِنَ بِالْمُخَالَفَةِ إِلَّا إِلَى خَيْرٍ ، وَعِنْدَ الْإِطْلَاقِ لَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ بِهَا فِي جَمِيعِ أَنْوَاعِ مَنْفَعَتِهَا مَا شَاءَ مَا لَمْ يُطَالِبْهُ بِالرَّدِّ ، وَلَوْ أَعَارَ أَرْضَهُ لِلْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَلَهُ أَنْ يَرْجِعَ وَيُكَلِّفَهُ قَلْعَهُمَا ، وَإِنْ وَقَّتْ وَأَخَذَها قَبْلَ الْوَقْتِ كَرِهَ لَهُ ذَلِكَ ، وَيَضْمِنُ الْمُسْتَعِيرُ قِيَمَتَهُ وَيَمْلِكُهُ ، وَالْمُسْتَعِيرُ قَلْعَهُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهِ ضَرَرٌ كَثِيرٌ بِالْأَرْضِ ، فَإِنْ قَلَعَهُمَا فَلَا ضَمَانَ ، فَإِنْ أَعَارَهَا لِلزَّرَاعَةِ فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَها قَبْلَ حَصْدِهِ وَإِنْ لَمْ يَوْقَّتْ .

لأنه متعد حيث تصرف في ملك الغير بغير أمره فكان غاصبا (والمعير أن يضمن المستعير) لما بينا (ولا يرجع على المستأجر) لأنه تبين أنه آجره ملكه ، وله أن يضمن المستأجر لأنه قبض ماله بغير أمره (ويرجع على المستعير) إذا لم يعلم أنه عارية دفعا لضرر الغرور عنه بخلاف ما إذا علم قال (فإن قيدها بوقت أو منفعة أو مكان ضمن بالمخالفة إلا إلى خير) وقد بيناه بتامه في الإجارة (وعند الإطلاق له أن ينتفع بها في جميع أنواع منفعتها ما شاء ما لم يطالبه بالرد) عملا بالإطلاق . قال (ولو أعار أرضه للبناء والغرس فله أن يرجع) لأنه عقد غير لازم ، وهذا لأن المنافع توجد شيئا فشيئا وتملك كذلك ، فالمرء يوجد بعد لم يقبض فله الرجوع فيه . وقال عليه الصلاة والسلام « العارية مردودة » . قال (ويكلفه قلعهما) لأنه لما صح الرجوع بقي المستعير شاغلا ملك المعير فعليه تفرغها ، فإن لم يكن وقت فلا شيء عليه ، لأن ما أصاب المستعير إنما أصابه بفعل نفسه (وإن وقت وأخذها قبل الوقت كره له ذلك) لأنه أخلف وعده (ويضمن للمستعير قيمته ويملكه) نظرا للجانبين وقال زفر : لا ضمان عليه لأنه لما علم أن له ولاية الأخذ فقد رضى بذلك . ولنا أنه غره بالتأقيت ، إذ الظاهر الوفاء بالوعد فبرجع إليه إذا أخلف ، لأن ما أصابه إنما أصابه من جهته بخلاف غير المؤقت (والمستعير قلعها) لأنه ملكه إلا أن يكون فيه ضرر كثير بالأرض (فيخير المعير ، لأن الأصل له وهو راجع على التبع) فإن قلعهما فلا ضمان عليه وقيل إذا كلفه المعير قلعهما قلعهما ، ويضمن المعير ما نقصا بالقلع ، لأنه خدعه حيث ضمن له الوفاء إلى آخر الوقت الذي وقته ولم يف له . قال (فإن أعارها للزراعة فليس له أخذها قبل حصده وإن لم يوقت) فتبقى بالأجرة ، لأن فيه مراعاة الجانبين ودفع الضرر عن المستعير ومراعاة حق المعير ، لأن بقاءه مدة قليلة بخلاف الغرس والبناء لأنه لانهية لهما فيقلع دفعا لضرر المعير . دخل الحمام واستعمل قصاع الحمامي فانكسرت ، أو أخذ كوز الفقاع ليشرب فانكسر ، أو دخل منزل رجل بأذنه فأخذ منه إناء بغير إذنه لينظر إليه أو ليشرب

وأجرة ردّ العارية على المستعير والمستأجر على الآجير ، وإذا ردّ الدّابة إلى اصطبّل مالكيها برئى ، وكذا ردّ الثوب إلى داره ومع من فى عياله أو عبده أو أجيّره الخاص برئى .

كتاب الغصب

وهو أخذ مالٍ متقومٍ محترماً مملوكٍ للغنير بطريق التّعدي ،

فوقع من يده فانكسر فلا ضمان عليه لأنه مأذون فى ذلك دلالة . استعار كتاباً ليقرأ فيه فوجد فيه خطأ ، إن علم أن صاحبه لا يكره إصلاحه أصلحه وإلا فلا ، والظاهر أنه لا يكره فلا بأس به . قال (وأجرة ردّ العارية على المستعير) لأن قبضه لمنفعته فوجب الردّ عليه ، والأجرة مثونة الردّ (و) أجرة ردّ (المستأجر على الآجر) لأن منفعة القبض حصلت له وهى الأجرة فلا يكون الردّ واجباً على المستأجر فلا يلزمه الأجرة . قال (وإذا ردّ الدّابة إلى اصطبّل مالكيها برئى) استحساناً ، والقياس أنه لا يبرأ لعدم الردّ إلى المالك . وجه الاستحسان أن العادة جرت بالردّ إلى الاصطبّل ، فانه لو سلمها إليه ردّها إلى الاصطبّل ، والمعتاد كالمخصوص عليه ، ولو كان عبداً وردّه إلى دار مالكة فكذلك (وكذا ردّ الثوب إلى داره) لما بينا (و) لو ردّ العارية (مع من فى عياله أو عبده أو أجيّره الخاص برئى) لأنها أمانة فصارت كالوديعة ، وكذا لو ردّها إلى عبد المعير أو من فى عياله برئى لأن المالك يحفظها بهؤلاء عادة ، وقيل المراد بالعبد : الذى يقوم عليها . وذكر فى المتن لو كانت العارية شيئاً نفيساً كالجوهر ونحوه لا يبرأ بالردّ إلى هؤلاء ، لأنه لم تجر العادة بطرحه فى الدار وتسليمه إلى غلمانه ، والمستأجر فى ردّ العين المستأجرة كالمستعير ، وفى الغصب لا يبرأ فى الجميع إلا بالردّ إلى مالكة ، لأن ضمان الغصب واجب فلا يسقط إلا بالردّ إلى المالك أو نائبه حقيقة ، بخلاف العارية لأنها غير مضمونة .

كتاب الغصب

(وهو) فى اللغة : أخذ الشيء ظلماً ، يقال : غضبته منه وغصبته عليه بمعنى ، قال تعالى - يأخذ كل سفينة غصباً - أى ظلماً ، ويستعمل فى كل شيء ، يقال : غصبته ولده وزوجته . وفى الشرع (أخذ مال متقوم محترم مملوك للغير بطريق التّعدي) واشترط أبو حنيفة وأبيوسف كون المخصوص قابلاً للنقل والتحويل على وجه يتضمن نفويت يد المالك ، ولم يشترط ذلك محمد ، ويظهر فى غصب العقار على ما نبينه إن شاء الله تعالى ، فلو استخدم مملوك غيره بغير أمره ، أو أرسله فى حاجته ، أو ركب دابته أو حمل عليها

وَمَنْ غَضِبَ شَيْئًا فَعَلَيْهِ رَدُّهُ فِي مَكَانِ غَضَبِهِ ، فَإِنْ هَلَكَ وَهُوَ مِثْلِي فَعَلَيْهِ مِثْلُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مِثْلِيًّا فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ يَوْمَ غَضَبِهِ ، وَإِنْ نَقَصَ ضَمِينَ النِّقْصَانِ ، وَإِذَا انْقَطَعَ تَجِبَ قِيَمَتُهُ يَوْمَ الْقَضَاءِ (سم) ،

أو ساقها فهلكت كان غاصبا لأنه أثبت اليد المبطلّة المفوتة ، ولو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان فألقته في حجره لا يكون غاصبا ما لم يتقله أو يمسكه ، وهو تصرف منهى عنه حرام لكونه تصرفا في مال الغير بغير رضاه ، قال الله تعالى - ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم - ولأن حرمة مال المسلم كحرمة دمه . قال عليه الصلاة والسلام « كل المسلم على المسلم حرام دمه وعرضه وماله » وقال عليه الصلاة والسلام « لا يجل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه » وعلى حرمة بالإجماع وهو من المحرمات عقلا ، لأن الظلم حرام عقلا على ما عرف في الأصول . والغصب على ضربين أحدهما لا يتعلق به إثم وهو ما وقع عن جهل كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه ملكه ، أو ملكه ممن هو في يده وتصرف فيه واستهلكه ثم ظهر أنه لغير ذلك فلا إثم عليه . قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث معناه الإثم . والثاني يتعلق به الإثم وهو ما يأخذه على وجه التعدي فإنه يأثم بأخذه وإمساكه . قال (ومن غصب شيئا فعليه ردة في مكان غضبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا يأخذ أحدكم متاع أخيه لأجدا ولا عبا ، فإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها عليه » ولأنه يجب عليه رفع الظلم وذلك بما ذكرنا ويرده في مكان غضبه ، لأن القيمة تتفاوت بتفاوت الأماكن والأعدل ما ذكرنا . قال (فإن هلك وهو مثلي فعليه مثله) قال تعالى - فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم - ولأن المثل أعدل لوجود المائية والجنس (وإن لم يكن مثليا) كالحیوان والعددي المتفاوت والمزروع (فعليه قيمته يوم غضبه) لأن القيمة تقوم مقام العين من حيث المسالية عند تعدد المائلة دفعا للظلم وإيصالا للحق إلى مستحقه بقدر الإمكان ، وسواء عجز عن ردة بفعله أو فعل غيره أو بآفة سماوية لأنه بالغصب صار متعديا ووجب عليه الرد وقد امتنع فيجب الضمان وتجب القيمة يوم الغصب لأنه السبب وبه يدخل في ضمانه (وإن نقص ضمن النقصان) اعتبارا للجزء بالكل (و) أما المثل (إذا انقطع تجب قيمته يوم القضاء) عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف يوم الغصب . وقال محمد يوم الانقطاع لأن الواجب المثل وينقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر يومئذ . ولأبي يوسف أنه لما انقطع التحق بذوات القيم فتعتبر قيمته إذ هو السبب الموجب . ولأبي حنيفة أن الانتقال بقضاء القاضى لا بالانقطاع حتى لو لم يتخاصما حتى عاد المثل وجب ، فإذا قضى القاضى تعتبر القيمة عنده بخلاف ذوات

وإن ادعى الملاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه بيدها ، والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه ، فإذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب ، وتسلم له الأكساب ولا تسلم له الأولاد ، فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة ، أو بقول المالك سلمت للغاصب ، وإن ضمنها يمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان ، وإن شاء أخذ العين وردّ العوض ، ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك (م) ،

القيم لأنه مطالب بها من وقت وجود السبب وهو الغصب فتعتبر قيمته عند السبب . قال (وإن ادعى الملاك حبسه الحاكم مدة يعلم أنها لو كانت باقية أظهرها ثم يقضى عليه بيدها) لأن الظاهر بقاؤها وقد ادعى خلافه ، ونذيره إذا طول بضمن المبيع فادعى الإفلاس وقد مر في الحجر ، فإذا حبس المدة المذكورة قضى عليه بالبدل لما مر . قال (والقول في القيمة قول الغاصب مع يمينه) لأنه ينكر الزيادة ، وإن أقام المالك البينة على الزيادة قضى بها لأنها حجة ملزمة . قال (فإذا قضى عليه بالقيمة ملكه مستنداً إلى وقت الغصب) لأنه قابل للنقل من ملك إلى ملك ، وقد ملك المالك بدله فيملك الغاصب المبدل لثلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد دفعا للضرر عنه (وتسلم له الأكساب) للتبعية (ولا تسلم له الأولاد) لأن تبعيتهم فوق تبعية الأكساب . ألا يرى أن ولد المدبر والمكاتب مدير ومكاتب ، ولا تكون أكسابهما مدبرا ومكاتباً . قال (فإذا ظهرت العين وقيمتها أكثر وقد ضمنها بنكوله أو بالبينة أو بقول المالك سلمت للغاصب) لأنه ملكها برضى المالك حيث ادعى هذا القدر (وإن ضمنها يمينه فالمالك إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ العين وردّ العوض) لأنه مارضى به وإنما أخذه لعجزه عن الوصول إلى كمال حقه كالمكره ، وكذا لو ظهر وقيمته مثل ما ضمن أو أقل ، لأنه لم يرض حيث لم يعطه ما ادّعاه فيثبت له الخيار . قال (ويضمن ما نقص العقار بفعله ولا يضمنه لو هلك) وقال محمد : يضمن العقار بالغصب . وصورته : أن من سكن داراً غيره أو زرع أرض غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار ، لمحمد أنه تحقق اليد العادية ، ويلزم من ذلك زوال يد المالك لأن اجتماع اليدين في محل واحد في زمان واحد محال فتحقق الغصب ، ولأن كل حكم يتعلق بالنقل فيما ينقل يتعلق بالتخلف فيما لا ينقل كدخول المبيع في ضمان المشتري . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « من غصب شبرا من أرض طوَّقه الله تعالى من سبع أرضين » والنبي صلى الله عليه وسلم ذكر الجزاء في غصب العقار ولم يذكر الضمان ، ولوجب لذكره ، ولأن هذا تصرف في المالك لأن العقار لم يزل عن مكانه الذي كانت يد المالك ثابتة عليه ، والتصرف

فَإِنْ نَقَصَ بِالزَّرَاعَةِ يَضْمَنُ النِّقْصَانَ ، وَيَأْخُذُ رَأْسَ مَالِهِ وَيَتَصَدَّقُ بِالْفَضْلِ ،
وَكَذَلِكَ الْمُودَعُ وَالْمُسْتَعِيرُ إِذَا نَصَرَفَا وَرَبِحَا تَصَدَّقَا بِالْفَضْلِ (س) ،

في المالك لا يوجب الضمان كما لو منعه عن حفظ ماله حتى هلك ، ولأن مالا يجب القطع
بسرقة لا يتعلق به ضمان الغصب كالخمر . وأما إذا هدم البناء وحفر الأرض فيضمن لأنه
وجد منه النقل والتحويل وأنه إتلاف ، ويضمن بالإتلاف مالا يضمن بالغصب كالخمر ،
وما أهدم بسكناه فقد تلف بفعله ، والعقار يضمن بالإتلاف وإن لم يضمن بالغصب ولأنه
تصرف في العين (فإن نقص بالزراعة يضمن النقصان) لما مر (ويأخذ رأس ماله ويتصدق
بالفضل) معناه يأخذ من الزرع ما أخرج عليه من البذر وغيره ويتصدق بالفضل (وكذا
المودع والمستعير إذا تصرفا وربحا تصدقا بالفضل) وقال أبو يوسف : يطيب له الفضل لأنه
حصل في ضمانه للملك الأصل ظاهرا ، فإن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا على ما تقدم
ولهما أنه حصل بسبب خيث وهو التصرف في ملك الغير ، والفرع يحصل على صفة
الأصل ، والمالك الخبيث سبيله التصديق به ، ولو صرفه في حاجة نفسه جاز ، ثم إن كان
غنيا تصدق بمثله ، وإن كان فقيرا لا يتصدق ؛ ولولتي المالك الغاصب في غير بلد الغصب
فطالبه بالمغضوب فإن كان دراهم أو دنانير دفعها إليه لأنها ثمن في جميع البلاد ، وإن كانت
عينا وهي قائمة في يده أمر بتسليمها إليه إن كانت قيمتها في الموضعين سواء لأنه لا ضرر
فيه على المالك ، وإن كانت قيمته أقل من بلد الغصب فإن شاء أخذه ، وإن شاء طالبه
بالقيمة ، وإن شاء صبر ليأخذه في بلده لأن نقصان السعر ينقله فيخير المالك ، بخلاف
تغير السعر في بلد الغصب لأنه لا يصنع ببلد الغبات ، وإن لم يكن في يده وقيمه
أقل فالمالك إن شاء أخذ مثله إن كان مثليا أو قيمته ببلد الغصب أو يصبر ليأخذ مثله
في بلده ؛ وإن كانت قيمته هنا أكثر فالغاصب إن شاء أعطاه مثله أو قيمته ، لأنه هو
الذي يتضرر بالدفع ، وإن كانت القيمة سواء فللمالك أن يطالب بالمثل لأنه لا ضرر على
أحد . ولو تعيب في يد الغاصب رده مع قيمة النقصان فيقوم مهيحا ويقوم وبه عيب
فيضمن ذلك ، هذا في غير الربويات لأن للجودة قيمة فيها . فأما الربويات إن شاء أخذه
بعبه وإن شاء ضمنه قيمته مهيحا من غير جنسه وتركه ، لأن الجودة لا قيمة لها عند
المقابلة بالجنس على ما عرف وآنية الصفر والخصائص إن بيعت وزنا من الربويات وعددا
لا . ولو غصب عبنا فصار زيبيا ، أو عصيرا فصار خلا ، أو رطبا فصار تمرا فالمالك إن
شاء أخذ عبه ، وإن شاء ضمنه مثله ؛ ولو غصب عبدا أو جارية صغيرة فكبر أخذه
ولا شيء للغاصب من النفقة قال عليه الصلاة والسلام من وجد عين ماله فهو أحق به ، ولو كان شابا
فصار شيخا ، أو شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان . والشلل والعرج وذهاب السمع
والبصر ونسيان الحرفة والقرآن والسرقة والإباق والجنون والزنا عيب يوجب النقصان

وَإِذَا تَغَيَّرَ الْمَغْصُوبُ بِفِعْلِ الْغَاصِبِ حَتَّى زَالَ اسْمُهُ وَأَكْثَرُ مَنَافِعِهِ مَلَكَتْهُ وَضَمِنَتْهُ ، وَذَلِكَ كَذَبِجِ الشَّاةِ وَطَبْخِهَا أَوْ شَبِّهَا أَوْ تَقْطِيعِهَا ، وَطَحْنِ الْحِنْطَةِ أَوْ زَرْعِهَا ، وَخَبْزِ الدَّقِيقِ ، وَجَعْلِ الْحَدِيدِ سَيْفًا وَالصُّفْرِ آنِيَةً ، وَالْبِنَاءِ عَلَى السَّاجَةِ ، وَاللِّبَنِ حَائِطًا ، وَعَصْرِ الزَّيْتُونِ وَالْعِنَبِ وَغَزْلِ الْقُطْنِ وَنَسْجِ الْغَزْلِ ، وَلَا يَنْتَفِعُ بِهِ حَتَّى يُؤَدَّى بِدَلَّتِهِ (ز) ، وَلَوْ غَضِبَ تَبْرًا فَضَرَبَهُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ أَوْ آنِيَةً لَمْ يَمْلِكْهُ (سَم) ، وَمَنْ خَرَقَ ثَوْبَ غَيْرِهِ فَاَبْطَلَ عَامَةً مَنَفَعَتَهُ ضَمِنَتْهُ ،

إن حدث عند الغاصب ضمها . قال (وإذا تغير المغصوب بفعل الغاصب حتى زال اسمه وأكثر منافعه ملكه وضمنه ، وذلك كذبيح الشاة وطبخها أو شبها أو تقطيعها ، وطحن الحنطة أو زرعها ، وخبز الدقيق ، وجعل الحديد سيفًا والصفر آنية والبناء على الساجة ، واللبن حائطًا ، وعصر الزيتون والعنب ، وغزل القطن ونسج الغزل) والوجه فيه أنه استهلكها من وجه لقوات معظم المقاصد وتبدل الاسم ، وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فرجع على ما فات من وجه ؛ بخلاف ما إذا ذبح شاة وسلخها لأن الاسم باق (ولا ينتفع به حتى يؤدي بدله) لقوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها « أطعموها الأسارى » فيه دليل على زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع قبل الإرضاء ، ولأن إباحة الانتفاع قبل الإرضاء فتح باب الغصب ، ويجوز بيعه وهبته مع الحرمة كالبيع الفاسد ، فإذا أدى بدله أو أبرأه المالك جاز له الانتفاع به لأنه صار راضيا بالإبراء وأخذ البدل ، والقياس أن يجوز له الانتفاع قبل الأداء ، وهو قول زفر وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه ثبت له الملك فيجوز له الانتفاع ولهذا جاز بيعه وهبته . وعن أبي يوسف أنه يزول ملك المالك عنه لكنه يباع في دينه وبعد الموت هو أحق به من باقي الغرماء ، ووجه آخر في الساجة واللبن أن ضرر المالك صار منجبرا بالقيمة ، وضرر الغاصب بالهدم لا يجبر فكان ما قلناه رعاية للجانبين فكان أولى ؛ ولو غصب خيطا فخاط به بطن عبده أو أمته أو لوحا فأدخله في سفينة انقطع ملك المالك إلى الضمان بالإجماع (ولو غصب تبرأ فضربه دراهم أو دنانير أو آنية لم يملكه) فيأخذها المالك ولا شيء للغاصب ، وقالوا : يملكها الغاصب وعليه مثلها لما تقدم أنه استهلك بصنعه من وجه لأن بالكسر فات بعض المقاصد ولأبي حنيفة أن العين باقية من كل وجه نظرا إلى بقاء الاسم والثنية والوزن وجريان الربا فيه والصنع فيها غير متقومة لما بينا أنها لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس . قال (ومن خرق ثوب غيره فأبطل عامة منفعتيه ضمنه) لأنه استهلكه معنى كما إذا أحرقه ، فإذا ضمنه جميع القيمة ترك الثوب للغاصب لتلا يجمع البدلان في ملك واحد وإن أمسك الثوب

وَمَنْ ذَبَحَ شاةَ غَيْرِهِ أَوْ قَطَعَ يَدَهَا ، فَإِنْ شَاءَ الْمَالِكُ ضَمَّنَهُ نُقْصَانَهَا
وَأَخَذَهَا ، وَإِنْ شَاءَ سَلَّمَهَا وَضَمَّنَهُ قِيَمَتَهَا ، وَفِي غَيْرِ مَا كُورِ اللَّحْمِ يَضْمَنُ
قِيَمَتَهَا بِقَطْعِ الطَّرْفِ ، وَمَنْ بَنَى فِي أَرْضِ غَيْرِهِ أَوْ غَرَسَ لَزِمَهُ قَلْعُهُمَا
وَرَدُّهَا ، وَمَنْ غَضَبَ ثَوْبًا فَصَبَّغَهُ أَحْمَرَ أَوْ سَوِيْقًا ، فَلَكْتَهُ بِسَمْنِ فَاَلْمَالِكِ
إِنْ شَاءَ أَخَذَهُمَا وَرَدَّ زِيَادَةَ الصَّبْغِ وَالسَّوِيْقِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ قِيَمَةَ الثَّوْبِ
أَبْيَضَ

ضمنه النقصان لبقاء العين وبعض المنافع . وإن كان خرقا قليلا يضمن نقصانه لما أنه
لم يفوت شيئا بل عيبه . واختلفوا في العيب الفاحش ، قيل هو أن يوجب نقصان ربع القيمة
فما زاد ، وقيل ما ينتقص به نصف القيمة ، والصحيح ما يفوت به بعض المنافع (١) ،
واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة بل يدخله نقصان العيب . قال (ومن ذبح شاة غيره
أو قطع يدها . فإن شاء المالك ضمنه نقصانها وأخذها ، وإن شاء سلمه وضمنه قيمتها)
لأنه إتلاف من وجه لتفويت بعض المنافع من اللبن والنسل وغيرهما وبقاء البعض وهو
الأكل فثبت له الخيار كما في الثوب في الحرق الفاحش . قال (وفي غير ما كور اللحم
يضمن قيمتها بقطع الطرف) لأنه استهلكها من كل وجه ، ولو غضب دابة فقطع رجلها
ضمن قيمتها . وروى هشام إن أخذها المالك لشيء له وإن شاء تركها وأخذ القيمة عند
أبي حنيفة كما في البخلة العمياء خلافا لهما ، وإن قلع عين الدابة فعليه ربع القيمة استحسانا
وقيمة النقصان قياسا . وفي جنائيات الحسن عن أبي حنيفة لو فققا عين برذون أو بغل أو حمار
عليه ربع قيمته . وكذا كل ما يعمل عليه من البقر والإبل . وما لا يعمل عليه ما نقص .
وقال في الجامع الصغير : وفي عين بقر الخزاز وحزوره ربع القيمة . وفي عين شاة القصاب
ما نقصها . والحمل والطيور والندجاجة والكلب ما نقصه . وقال أبو يوسف : عليه ما نقصه
في جميع البهائم اعتبارا بالشاة . ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام « قضى في عين الدابة
بربح القيمة » وكذا قضى عمر رضي الله عنه . ولأنها تصلح للحمل والركوب والعمل ، ولا
تقوم هذه المصالح إلا بأربعة أعين عينيها وعيني المستعمل فصارت كآلات أربعة أعين ،
فيجب في أحدها ربع القيمة كما قلنا في أحد الأهداب ربع الدية لما كانت أربعة . قال
(ومن بنى في أرض غيره أو غرس لزومه قلعهما وردّها) على ما بينا في الإجازات . قال
عليه الصلاة والسلام « ليس لعرق ظالم حق » ولأنه أشغل ملك الغير فيؤمر بتفريغه دفعا
للظلم وردا للحق المستحق . قال (ومن غضب ثوبا فصبغه أحمر أو سويقا فانه بسمن
فالمالك إن شاء أخذها وردّ زيادة الصبغ والسويق . وإن شاء أخذ قيمة الثوب أبيض

(١) بأن كان يصلح لبقاء قبله وبعده لا يصلح نه ويصلح لتفويضه ابن فرشته .

وَمِثْلَ السَّوْقِ وَسَلَّمَهُمَا .

فصل

زَوَائِدُ الْغَضَبِ أَمَانَةٌ ، مُتَّصِلَةٌ كَانَتْ أَوْ مُنْفَصِلَةٌ ، وَيَضْمَنُهَا بِالتَّعَدَّى أَوْ بِالْمَنْعِ بَعْدَ الطَّلَبِ ، وَمَا نَقَصَتْ الْجَارِيَةُ بِالْوِلَادَةِ مَضْمُونٌ وَتُجْبَرُ بِوَلَدِهَا وَبِالْغُرَّةِ ؛ وَمَنَافِعُ الْغَضَبِ غَيْرُ مَضْمُونَةٍ اسْتَوْفَاهَا أَوْ عَطَّلَهَا ،

ومثل السوق وسلمهما (لأن في ذلك رعاية الجانيين على ما تقدم وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال في الأصل تجب قيمة السوق بناء على أنه يتغير بالقليل فلم يصر مثليا وسماه هنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغضب أمانة متصلة كانت) كالسمن والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثرثرة والصوف واللبن لأن الغضب لم يردّ عليها لأنه إزالة يد المالك باثبات يده ولم يوجد فلا يضمن ، لأن ضمان الغضب ولا غضب محال . قال (ويضمنها بالتعدي) بأن أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مرّ ، وإن طلب المتصلة لا يضمن بالبيع لأن الطلب غير صحيح لعدم إمكان ردّ الزوائد بدون الأصل ، وقالوا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة . ولأبي حنيفة أن سبب الضمان إخراج المحلّ من أن يكون منتفعا به في حقّ المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حقّ المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغضب لا غير لأنه سبب الضمان على ما تقدم . قال (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنها ثم نبتت أو هزلت ثم سمئت أو ردّ أرض اليد فانه ينجر به نقص القطع كذا هنا وصار كضمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجر بقدرة وضمن الباقي ، والغرة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجهها بدلا عنه ، ولو ماتت وبالولد وفاء بقيمتها لا شيء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغضب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال (ومنافع الغضب غير مضمونة استوفاهما أو عطّلها) أو استغل لعدم ورود الغضب عليها ولا بمائلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهي لا تبنى زمانين ولأنها غير متقومة ،

وَمَنْ اسْتَهْلَكَ خَمْرَ الذَّمَّى أَوْ خِزِيرَهُ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ، وَلَوْ كَانَ مُسْلِمًا
فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ وَيَجِبُ فِي كَسْرِ الْمَعَازِفِ قِيَمَتُهَا (سَم) لِغَيْرِ اللَّهِو .

ولأنما تقوّمت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله
للاستهلاكه بعض أجزائه . قال (ومن استهلك خمر الذمي أو خنزيره فعليه قيمته ، ولو كانا
لمسلم فلا شيء عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » وإنهم يدينون
بما ليهما ، فإن الخمر والخنزير عندهم كالخلّ والشاة ، بل هما من أنفس الأموال عندهم .
وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها » : يعنى الجزية ، فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين ، وللمسلمين التضمن باتلاف ما يعتقدونه مالا ، فكذا يكون الذمي ،
بخلاف المسلم لأنهما ليسا مالا في حقه أصلا ، وحرمة بدلها عليه كحرمتهما ، والخمر وإن
كان مثليا فالمسلم ممنوع عن تملكه فوجبت القيمة ، أما الربا فحرام عندهم وهو مستثنى عن
عقد الذمة . قال (ويجب في كسر المعازف قيمتها لغير اللهو) وسواء كانت لمسلم أو ذمي
كالربط والطبل والدفّ والمزمار والجلنك والعود ونحوها . ويجوز بيعها . وقالا : لا يضمن
ولا يجوز بيعها لأنها أعدت للمعاصي فلا تضمن كالخمر ، ومتلفها يتأوّل فيها الهوى عن
المنكر وأنه مأمور به شرعا فلا يضمن كإذن القاضي وبل أولى . ولأبي حنيفة أنها أموال
صالحة للانتفاع في جهة مباحة وتصلح لما يحلّ فيضمن ، والفساد بفعل فاعل مختار
فلا يسقط التقويم وجواز البيع لأنهما بناء على المسالية وصار كالجارية المغنية ، وتجب قيمتها
لغير اللهو كالجارية المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى ،
فانه تجب قيمتها غير صالحة لهذه الأمور كذا هذا . ولو أحرق بابا منحوتا عليه تماثيل
منقوشة ضمن قيمته غير منقوش . لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ، وإن كان مقطوع
الرأس يضمن قيمته منقوشا لأنه غير حرام ، والتماثيل على البساط غير محرّم فيجب قيمته
منقوشا . ولو غصب ثوبا فكساه للمالك ، أو طعما فقدمه بين يديه فأكله وهو لا يعلم به
برى من الضمان لأنه أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة فيبرأ بالنص ،
وهو قوله عليه الصلاة والسلام « على اليد ما أخذت حتى ترد » ، ولو جاء الغاصب بقيمة
المفصوب إلى المالك فلم يقبلها أجبره الحاكم على قبولها . فإن وضعها في حجره برى ،
وإن وضعها بين يديه لا يبرأ . بخلاف ما إذا وضع المفصوب أو الوديعة بين يديه حيث يبرأ
لأن الواجب فيه ردّ العين وأنه يتحقق بالتخلية . والواجب في الدين القبض لتتحقق المعاوضة
في المقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية . وروى ابن سماعة عن محمد : للقاضي أن يأخذ المال
من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبا ويحفظه عليه ، فإن ضاع فجاء المالك فله أن
يفضمن الغاصب والسارق ولا يبرأ بأخذ القاضي . لأن للقاضي التصرف في مال الغائب فيما

كتاب إحياء الموات

المَوَاتُ : مَا لَا يُنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ ، وَلَيْسَ مِلْكٌ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ ، وَهُوَ بَعِيدٌ مِنَ الْعُمَرَانِ ، إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرَفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يَسْمَعُ ، مَنْ أَحْيَاهُ بِإِذْنِ الْإِمَامِ (سَم) مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا ،

يُؤَدَّى إِلَى حِفْظِهِ لِأَنَّهُ يَرْجِعُ إِلَى إِبْرَاءِ حَقِّهِ . وَلَوْ حُلَّ دَابَّةٌ رَجُلٍ أَوْ قِيدَ عَبْدِهِ ، أَوْ فَتَحَ قَفْصَهُ وَفِيهِ طَيْرٌ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ بَيْنَ فَعْلِهِ وَالتَّلَفِ فَعَلِ فَاعِلٌ مُخْتَارٌ ، وَهُوَ ذَهَابُ الدَّابَّةِ وَالْعَبْدِ وَطَيْرَانِ الطَّيْرِ ، وَاخْتِيَارُهُمْ صَحِيحٌ وَتَرْكُهُ مِنْهُمْ مُتَصَوِّرٌ ، وَالِاخْتِيَارُ لَا يَنْعَدَمُ بِانْعِدَامِ الْعَقْلِ ؛ أَلَا تَرَى أَنَّ الْمَجْنُونِ يَضْمَنْ مَا يَتَلَفُهُ وَإِنْ كَانَ مَعْدُومَ الْعَقْلِ ، فَيُضَافُ التَّلَفُ إِلَى الْمُبَاشَرَةِ دُونَ السَّبَبِ كَالْحَافِرِ وَالِدَافِعِ ، وَلَوْ حُلَّ فَمٌ زَقَّ وَفِيهِ دَهْنٌ فَسَالَ ضَمْنُ لَأَنَّهُ تَسَبَّبَ لِتَلَفِهِ بِإِزَالَةِ الْمَمْسَكِ ، فَلَمْ يَتَخَلَّلْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ التَّلَفِ فَعَلِ فَاعِلٌ مُخْتَارٌ ؛ وَلَوْ كَانَ جَامِدًا فَشَقَّهُ فَذَابَ بِالشَّمْسِ ثُمَّ سَالَ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ الْجَامِدَ يَسْتَمْسِكُ بِنَفْسِهِ لَا بِالزَّقِّ ، فَلَمْ يَكُنِ الشَّقُّ إِتْلَافًا وَإِنَّمَا صَارَ مَائِعًا بِالشَّمْسِ لَا بِفَعْلِهِ . ذَهَبَتْ دَابَّةُ رَجُلٍ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا بِغَيْرِ إِسْأَالٍ صَاحِبِهَا فَأَقْسَدَتْ زَرْعَ رَجُلٍ لِاضْمَانِ عَلَيْهِ ، لِأَنَّهُ ذَهَبَتْ بِاخْتِيَارِهَا وَفَعْلِهَا هَدَرَ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَجَاءُ جِبَارٌ » وَإِنْ أُرْسِلَهَا ضَمْنُ . رَجُلٌ وَجَدَ فِي زَرْعِهِ أَوْ دَارِهِ دَابَّةً فَأَخْرَجَهَا فَهَلَكَتْ أَوْ أَكَلَهَا الذُّبُّ لَمْ يَضْمَنْ نَصٌّ عَلَيْهِ مُحَمَّدٌ فِي الْمُنْتَقَى ، قَالُوا : وَالصَّحِيحُ إِنْ أَخْرَجَهَا وَلَمْ يَسْقِهَا لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّ لَهُ وَلَايَةَ الْإِخْرَاجِ ، وَإِنْ سَاقَهَا بَعْدَ الْإِخْرَاجِ ضَمْنُ . رَجُلٌ أَدْخَلَ دَابَّةً فِي دَارٍ فَأَخْرَجَهَا صَاحِبُ الدَّارِ فَهَلَكَتْ لَا يَضْمَنْ . وَإِنْ وَضَعَ ثَوْبًا فِي دَارِهِ فَرَمَى بِهِ فَضَاعَ ضَمْنُ لِأَنَّ الثَّوْبَ لَا يَضُرُّ الدَّارَ وَكَانَ الْإِخْرَاجُ إِتْلَافًا . وَالدَّابَّةُ تَضُرُّ بِالْأَدَارِ فَلَمْ يَكُنْ إِتْلَافًا .

كتاب إحياء الموات

(الموات : مَا لَا يَنْتَفَعُ بِهِ مِنَ الْأَرْضِ) لَا تَنْقُطُعُ الْمَاءُ عَنْهُ ، أَوْ لَغَلَبَتْ عَلَيْهِ ، أَوْ كَوْنُهَا حَجَرًا أَوْ سَبِيخَةً وَنَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَمْنَعُ الزَّرَاعَةَ ، سَمِيَتْ بِذَلِكَ لِعَدَمِ الْإِنْتِفَاعِ بِهَا كَالْمَيْتِ لَا يَنْتَفَعُ بِهِ ، فَمَا كَانَ كَذَلِكَ (وَلَيْسَ مِلْكٌ مُسْلِمٍ وَلَا ذِمِّيٍّ وَهُوَ بَعِيدٌ عَنِ الْعُمَرَانِ . إِذَا وَقَفَ إِنْسَانٌ بِطَرَفِ الْعُمَرَانِ وَنَادَى بِأَعْلَى صَوْتِهِ لَا يَسْمَعُ مِنْ أَحْيَاءٍ بِإِذْنِ الْإِمَامِ مَلَكَهُ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ ذِمِّيًّا) لِأَنَّ مَا كَانَ قَرِيبًا مِنَ الْعُمَرَانِ يَرْتَفِقُ النَّاسُ بِهِ عَادَةً فَيَطْرَحُونَ بِهِ الثِّبَادَ وَبِزُرُونِ فِيهِ الْمَوَاشِيَ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ أَنَّهُ يَعْتَبَرُ أَنْ لَا يَرْتَفِقَ بِهِ أَهْلُ الْقَرْيَةِ وَإِنْ كَانَ قَرِيبًا . وَاخْتَارَ هُوَ الْأَوَّلَ لِتَعَلُّقِ حَقِّهِمْ بِهِ حَقِيقَةً أَوْ دَلَالَةً فَلَا يَكُونُ مَوَاتًا ، وَكَذَلِكَ إِذَا كَانَ مُحْتَطَبًا لَهُمْ لَا يَجُوزُ

وَلَا يَجُوزُ إِحْيَاءُ مَا قَرُبَ مِنَ الْعَامِرِ ، وَمَنْ حَجَرَ أَرْضًا ثَلَاثَ سِنِينَ فَلَمْ يَزْرَعْهَا دَفَعَهَا الْإِمَامُ إِلَى غَيْرِهِ .

إحياءه لأنه حقهم ، ويشترط في الإحياء إذن الإمام ، وقالوا : لا يشترط لقوله عليه الصلاة والسلام « من أحيا أرضا ميتة فهي له » ، وليس لعرق ظالم حقّ » ولأنه مباح سبقت يده إليه كالصيد . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » والمراد به في المباحات ، إلا أن الخطب والحشيش والماء خصّ عنه بالحديث ، فبقى الباقي على الأصل ، وحديثهما محمول على الإذن لقوم مخصوصين توفيقا بين الحديثين ، ولأنه وصل إلى يد المسلمين بالقتال والغلبة فيكون غنيمة ، ولا يحلّ لأحد بدون إذن الإمام كسائر الغنائم ، والمسلم والذي سواء ، لأن الإحياء سبب الملك فيستويان فيه كسائر الأسباب ؛ ويجب فيها العشر على المسلم والخراج على الذي لأنه ابتداء وضع ، فيجب على كلّ واحد ما يليق به ، وإن سقاه بماء الخراج يعتبر بالماء ؛ والإحياء : أن يبنى فيها بناء ، أو يزرع فيها زرعاً ، أو يجعل للأرض مسنة (١) ونحو ذلك ، ويكون له موضع البناء والزرع دون غيره . وقال أبو يوسف : إن عمر أكثر من النصف كان إحياءً لجميعها ، وإن عمر نصفها له ماعمر دون الباقي . وذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة إن حفر فيها بئراً أو ساق إليها ماء فقد أحياها زرع أو لم يزرع . ولو شقّ فيها أنهاراً لم يكن إحياءً إلا أن يجري فيها ماء فيكون إحياء (ولا يجوز إحياء ما قرب من العامر) لما بينا ؛ ومن أحيا مواتاً ثم أحاط الإحياء ببجوانبه الأربعة على التعاقب فطريق الأول في الأرض من الرابعة لتعنيها ، روى ذلك عن محمد . ومن أحيا مواتاً ثم تركها فزرعها آتراً . قيل هي للثاني لأن الأول ملك استغلاها لارقتبها ؛ وقيل هي للأول وهو الأصحّ لأنها ملكه بلام الملك في الحديث . قال (ومن حجر أرضاً ثلاث سنين فلم يزرعها دفعها الإمام إلى غيره) لأن التحجير ليس بإحياء ، والإمام دفعها لتحصيل المصلحة من العشر والخراج ، فإذا لم يحصل دفعها إلى غيره ليحصل . وسمى تحجيراً لوجهين : أحدهما من الحجر وهو المنع لأنه يمنع غيره عنها ؛ الثاني أنهم يضعون الأحجار حولها تعلية لحدودها لئلا يشركهم فيها أحد . والتحجير أن يعلمها بعلامة بأن وضع الحجارة أو غرس حولها أغصاناً يابسة أو قلع الحشيش أو أحرق الشوك ونحوه فإنه تحجير . وهو استيلاء (٢) وليس بإحياء ، ولهذا لو أحياها غيره قبل ثلاث سنين ملكها لأنه أحياها . كما يكره السوم على سوم أخيه ، ولو عقد جاز العقد والتقدير بثلاث سنين مروى عن عمر رضي الله عنه فإنه قال : من أحيا أرضاً ميتة فهي له

(١) المسنة : ما يبنى للسيل ليردّ الماء اهـ مغرب .

(٢) قوله استيلاء : أى تعليم .

وَمَنْ حَفَرَ بَثْرًا فِي مَوَاتٍ فَحَرَّمَ بِهَا أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ لِلنَّاضِحِ (سَمِ) وَالْعَطَنِ ، قَمَنْ أَرَادَ أَنْ يَحْفَرَ فِي حَرَمِهَا مُنْعَ ، وَحَرَّمَ الْعَيْنِ مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسُمِائَةِ ذِرَاعٍ ، وَالْقَنَاءُ عِنْدَ خُرُوجِ الْمَاءِ كَالْعَيْنِ ، وَلَا حَرِيمَ لِلنَّهْرِ الظَّاهِرِ (سَمِ) إِذَا كَانَ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ إِلَّا بِبَيِّنَةٍ ، وَكَذَا لَوْ حَفَرَهُ فِي أَرْضٍ مَوَاتٍ لَحَرَّمَ لَهُ ،

وليس للمحجر بعد ثلاث حق . قال (ومن حفر بثرًا في موات فحرمها أربعون ذراعًا من كل جانب للناضح والعطن) عند أبي حنيفة (فمن أراد أن يحفر في حریمها منع) لأن في الأراضي الرخوة يتحول الماء إلى ما يحفر دونها فيؤدي إلى اختلال حقه ، ولأنه ملك الحرم ليمكن من الانتفاع به وذلك يمنعه . وقال أبو يوسف ومحمد : إن كانت للناضح فستون لحديث الزهري أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « حریم العين خمسمائة ذراع ، وحریم بئر العطن أربعون ذراعًا ، وحریم بئر الناضح ستون ذراعًا » ولأنه يحتاج فيها إلى مير الدابة للاستقاء وقد يطول الرشا وبئر العطن يستقى منها بيده فكانت الحاجة أقل . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « من حفر بثرًا فله ما حولها أربعون ذراعًا عطنا لماشيته » من غير فصل ، ولأن استحقاق الحرم على خلاف القياس لأنه في غير موضع الإحياء وهو الحفر ، وإنما تركناه في موضع اتفق الحديثان فيه ، وما اختلفا فيه يبق على الأصل ، ويمكن أن يدير الدابة حول البئر فلا يحتاج إلى زيادة مسير . وقال أبو حنيفة : جعل في حديث الزهري ستين ذراعًا حریمًا لمدة الجبل لأنه يملك ما زاد على الأربعين ، ولو احتاج إلى سبعين يمد الجبل إليه ، وكان له مد الجبل لأنه يملكه . وذكر في النوادر عن محمد أن حریم بئر الناضح بقدر الجبل سبعون كان أو أكثر ، والعطن : مبرك الإبل حول الماء ، يقال : عطنت الإبل فهي عاطنة وعواطن إذا سقيت وتركت عند الحياض لتعاد إلى الشرب ، والنواضح : الإبل التي تسقى الماء ، والواحد ناضح ، وفي الحديث « كل ماسق من الزرع نضحا ففيه نصف العشر » . قال (وحریم العين من كل جانب خمسمائة ذراع) لما سبق من الحديث ، ولأن العين تستخرج للزراعة ، ولا بد من موضع حوض يجمع فيه الماء ، وساقية يجرى فيها الماء إلى المزارع فاحتاج إلى مسافة أكثر من البئر . قال (والقناة عند خروج الماء كالعين) وقوله قيل هو مفقوض إلى رأى الإمام ، لأنه لا بد للقناة من الحریم للمقي طينه ما لم يظهر ، فإذا ظهر فهو كالعين الفوارة ، يزر هو قوبلها . أما على قول أبي حنيفة لأحریم للقناة ما لم يظهر الماء ، لأنه نهر مطوى فيعتبر بالنهر الظاهر (ولا حریم للنهر الظاهر) عند أبي حنيفة (إذا كان في ملك الغير إلا ببينة ، وكذا لو حفره في أرض موات لأحریم له) خلافا لهما . وقال المحققون من مشايخنا : للنهر حریم بقدر

وَلَوْ غَرَسَ شَجَرَةً فِي أَرْضِ مَوَاتٍ فَحَرَّمَهَا مِنْ كُلِّ جَانِبٍ خَمْسَةَ أَذْرُعٍ ،
وَمَا عَدَلَ عَنْهُ الْفُرَاتُ وَدَجَلَةُ يُجُوزُ أَحْيَاؤُهُ إِنْ لَمْ يُحْتَمَلْ عَوْدُهُ إِلَيْهِ ،
وَإِنْ احْتَمَلْ عَوْدُهُ لَا يُجُوزُ .

كتاب الشرب

وَهُوَ النَّصِيبُ مِنَ الْمَاءِ ، وَقِسْمَةُ الْمَاءِ بَيْنَ الشُّرَكَاءِ

ما يحتاج إليه لإلقاء الطين ونحوه بالاتفاق . ثم قال أبو يوسف : حريمه مقدار عرض نصف
النهر من كل جانب ، لأن المعتبر الحاجة الغالبة ، وذلك بنقل ترابه إلى حافته فيكنى
ما ذكرنا . وقال محمد : عرض جميع النهر من كل جانب لأنه قد لا يمكنه إلقاء التراب من
الجانبيين فيحتاج إلى إلقائه في أحدهما فيقدر في كل طرف يبطن النهر والحوض على هذا
الاختلاف . لما أنه لا انتفاع بالنهر والحوض إلا بالحريم لأنه يحتاج إلى المشي فيه لتسهيل
الماء ، ولا يكون ذلك عادة في بطنه وإلى إلقاء الطين وأنه يخرج بنقله ، فوجب أن يكون
له حريم كالبر . وله أن الحريم على خلاف القياس لما مر تركناه في البر بالحديث ،
ولأن الحاجة في البر أكثر لأنه لا يمكن الانتفاع بماء البر بدون الاستسقاء ولا استسقاء إلا
بالحريم . أما النهر يمكن الانتفاع بمائه بدون الحريم . ثم قال (ولو غرس شجرة في أرض
موات فحريمها من كل جانب خمسة أذرع) ليس لغيره أن يغرس فيه ، لما روى أن رجلا
غرس شجرة في أرض فلاة ، فجاء آخر وأراد أن يغرس شجرة إلى جانب شجرته ، فشكا
الأول إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأمر أن يؤخذ من شجرته جريدة فتلزع ، فبلغ
خمس أذرع ، فجعل له صلى الله عليه وسلم الحريم من كل جانب خمسة أذرع وأطلق للآخر
فيما وراء ذلك . هذا الحديث ذكره أبو داود في سننه ، وذكر في رواية « سبعة أذرع »
قال في الخبط : هذا حديث صحيح يجب العمل به . قال (وما عدل عنه الفرات ودجلة في
أحياؤه إن لم يحتمل عوده إليه) لأنه كالموات وهو في يد الإمام إذا لم يكن حريما له
(وإن احتمل عوده لايجوز) لحاجة العامة إليه ، والله عز وجل أعلم بالصواب .

كتاب الشرب

(وهو النصيب من الماء) للأراضي وغيرها . قال الله تعالى - لها شرب ولكم شرب
يوم معلوم - . قال (وقسمة الماء بين الشركاء جائرة) وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
والناس يفعلونه فأقرهم عليه ، وتعامله الناس إلى يومنا من غير تكبر ، وهو قسمة باعتبار
الحق دون الملك ، لأن الماء غير مملوك في النهر ، والقسمة تارة تكون باعتبار الملك ،

وَيُجَوِّزُ دَعْوَى الشَّرْبِ بِغَيْرِ أَرْضٍ ، وَيُورِثُ ، وَيُوصِي بِمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ
وَلَا يُبَاعُ ، وَلَا يُوهَبُ ، وَلَا يُتَصَدَّقُ بِهِ ، وَلَا يَصْلُحُ مَهْرًا ، وَلَا بَدَلًا
فِي الْخُلْعِ ، وَلَا بَدَلًا فِي الصِّلَحِ عَنْ دَعْوَى الْمَالِ وَلَا فِي الْقَصَاصِ .
وَالْمِيَاهُ أَنْوَاعٌ : مَاءُ الْبَحْرِ ، وَهُوَ عَامٌّ لِكُلِّ الْخَلْقِ الْإِنْتِفَاعُ بِهِ بِالشَّقَةِ
وَسَقْيِ الْأَرْضِ وَشَقِّ الْأَنْهَارِ وَالْأَوْدِيَةِ وَالْأَنْهَارِ الْعِظَامُ كَجَيْحُونَ وَسَيْحُونَ
وَالنَّيْلِ وَالْفُرَاتِ وَدَجَلَةَ ، فَالنَّاسُ مُشْتَرِكُونَ فِيهِ فِي الشَّقَةِ وَسَقْيِ الْأَرْضِ
وَتَنْصِبِ الْأَرْحِيَةِ .

وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنائم . قال (ويجوز دعوى الشرب بغير أرض) استحسانا
لجواز أن يكون الشرب حقا له بدون الأرض بأن اشترى الأرض والشرب ثم باع الأرض
وبقي الشرب أو ورثه ، وقد يملك بالإرث ما لا يملك بالبيع كالقصاص والخمر ، وإذا
شهدوا بشرب يوم من النهر لا تقبل إذا لم يقولوا من كم يوم ، ولو ادعى أرضا على نهر
شربها منه فشهدوا له بالأرض قضى بها وبحصتها من الشرب ، لأن الأرض لا تنفك عن
الشرب ، ولو ادعى الشرب وحده فشهدوا له لا يقضى بشيء من الأرض . قال (ويورث
ويوصي بمَنْفَعَتِهِ دُونَ رَقَبَتِهِ) لأنه حق مالي فيجوز فيه الإرث ، وجهالة الموصى به لا تمنع
الوصية ، لأن الوصية من أوسع العقود حتى جازت للمعدوم وبالمعدوم : قال (ولا يباع
ولا يوهب ، ولا يتصدق به) للجهالة الفاحشة وعدم تصور القبض ، ولأنه ليس بمقوم
حتى لو سقى به غيره لا يضمن (ولا يصلح مهرا) لما بينا ويجب مهر المثل (ولا بدلا في
الخلع) حتى ترد ما قبضت من المهر (ولا بدلا في الصلح) عن دعوى المال (ولا
في القصاص) ويسقط القصاص وتجب الدية .

(والمياه أنواع) الأول (ماء البحر ، وهو عام لجميع الخلق الانتفاع به بالشقة
وسقى الأراضي وشق الأنهار) لا يمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .
(و) الثاني (الأودية والأنهار العظام كجيجون وسيحون والنيل والفرات ودجلة ،
فالناس مشتركون فيه في الشقة وسقى الأراضي ونصب الأرحية) والدوالي إذا لم يضر
بالعامة ، وذلك بأن يحجي مواتا ويشق نهرها لسقيها ليس في ملك أحد لأنه مباح في الأصل
وغلبة الماء تمنع قهر غيره واستيلاءه عليه ، وإن كان يضر بالعامة فليس له ذلك ، لأن
دفع الضرر عنهم واجب ، وذلك بأن يكسر ضفته فيميل الماء إلى جانبها فيفرق الأراضي
والقرى ، وكذا شق الساقية للرحى والدالية .

وَمَا يَجْرِي فِي نَهْرٍ خَاصٍّ لِقَرْيَةٍ فَلْيَغْيِرِهِمْ فِيهِ شَرِكَةٌ فِي الشَّفَةِ : وَمَا أُحْرِزَ فِي حُبٍّ وَنَحْوِهِ فَلْيَنْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهُ شَيْئًا بَدُونِ إِذْنِ صَاحِبِهِ وَلَهُ بَيْعُهُ ، وَلَوْ كَانَتِ الْبُيُوتُ أَوْ الْعَيْنُ أَوْ النَّهْرُ فِي مِلْكِ رَجُلٍ لَهُ مَنَعٌ مَنْ يُرِيدُ الشَّفَةَ مِنَ الدُّخُولِ فِي مِلْكِهِ إِنْ كَانَ يَجِدُ غَيْرَهُ بِقَرْيَةٍ فِي أَرْضٍ مُبَاحَةٍ هُ فَإِنْ لَمْ يَجِدْ فَلَمَّا أَنْ يَتْرُكَهُ يَأْخُذُ بِنَفْسِهِ أَوْ يُخْرِجُ الْمَاءَ إِلَيْهِ ، فَإِنْ مَنَعَهُ وَهُوَ يَخَافُ الْعَطَشَ عَلَى نَفْسِهِ أَوْ مَطْيِئَتِهِ قَاتَلَهُ بِالسَّلَاحِ ، وَفِي الْمُحْرَزِ بِالْإِنَاءِ يُقَاتِلُهُ بِغَيْرِ سِلَاحٍ ، وَالطَّعَامُ حَالَةَ الْمُخْتَصِمَةِ كَالْمَاءِ الْمُحْرَزِ بِالْإِنَاءِ .

(و) الثالث (ما يجري في نهر خاص لقريه فلغيرهم فيه شركة في الشفة) وهو الشرب والسقي للوالب ، ولهم أخذ الماء للوضوء وغسل الثياب والخبز والطبخ لاغير ، وإن أتى على الماء كله . روى أنه وردت على أبي حنيفة مسائل من خراسان فدفعها إلى زفر ليكتب فيها : منها رجل له ماء يجري إلى مزارعه فيجىء رجل فيسقي إبله ودوابه منه حتى ينفذه كله هل له ذلك ؟ فكتب زفر : ليس له ذلك ، فعرضها على أبي حنيفة فغلطه وقال : لصاحب الإبل ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام : الناس شركاء في ثلاث ، الحديث ، والحديث يشمل الشرب والشرب ، إلا أن الشرب خص في النهر الخاص دفعا للضرر من أهله ، وبقي حق الشفة للضرورة إما لشدة الحاجة ، أو لأنه لايقدر على استصحاب الماء في كل مكان . والبئر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

(و) الرابع (ما أحرز في حب ونحوه فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه وله بيعه) لأنه ملكه بالإحراز وصار كالصيد والجشيش إلا أنه لايقطع في سرقته لقيام شبهة الشركة فيه بالحديث . قال (ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل له منع من يريد الشفة من الدخول في ملكه إن كان يجد غيره بقربه في أرض مباحة ، فإن لم يجد فاما أن يتركه يأخذ بنفسه) بشرط أن لايكسر صفته (أو يخرج الماء إليه ، فإن منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيئته قاتله بالسلاح) لما روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلهم على البئر فأبوا ، فسألوهم أن يعطوهم دلوا فأبوا ، فقالوا لهم : إن أعاننا وأعان مطايانا قد كادت تنقطع فأبوا أن يعطوهم ؛ فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال : هلا وضعتم فيهم السلاح ؟ ولأنه منع المضطر عن حقه ، لأن حقه ثابت في الشفة فكان له أن يقاتله بالسلاح (وفي المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح) لأنه ملكه بالإحراز حتى كان له تضمينه ، إلا أنه مأمور أن يدفع إليه قدر حاجته فبالمنع خالف الأمر فيؤذبه (والطعام حالة المخصمة كالماء المحرز بالإناء) في الإباحة والمقاتلة والضمان لما بينا ،

فصل

كَرَى الْأَنْهَارِ الْعِظَامَ عَلَى بَيْتِ الْمَالِ ، وَمَا هُوَ مَمْلُوكٌ لِلْعَامَةِ فَكْرِيهِ
عَلَى أَهْلِهِ ، وَمَنْ أَبِي مَتْنُهُمْ يُجْزَبُ ،

ولو كان النهر أو البئر في موات قد أحياء فليس له أن يمنع صاحب الشفة من الدخول إذا كان لا يكسر المسناة ، لأن الموات كان مشتركا والإحياء لحق مشترك فلا يقطع حق الشفة . والأصل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام « المسلمون » وفي رواية « الناس مشتركون في ثلاث : في الماء والكلا والنار » أثبت الشركة فيها للناس كافة ، المسلمون والكفار فيه سواء فحكم الماء ما ذكرنا . وأما الكلا إن كان في أرض مباحة فالناس فيه شركاء في الاحتشاش والرعى كاشتراكهم في ماء البحر ، وإن كان في أرض مملوكة وقد نبت بنفسه فهو كالنهر في أرضه لا يمنع عنه وله المنع من الدخول في ملكه ، وإن لم يجد غيره فعلى التفصيل الذي ذكرنا في الماء ، وإن أثبت في أرضه فهو مملوك له ، والكلا ما انبسط على الأرض ولا ساق له كالإذخر ونحوه ؛ أما ماله ساق فهو شجر وهو ملك لصاحب الأرض لأنه عليه الصلاة والسلام إنما أثبت الشركة في الكلا لافي الشجر ، والعوسج من الشجر . وأما النار فلو أوقد نارا في مفازة فالجمر ملكه وليس له أن يمنع أحدا من الاستضاءة والاصطلاء وأن يتخذ منها سراجا ، لأن الجمر من الحطب وأنه ملكه والنور جوهر الجمر ، ولأننا لو أطلقنا الناس في أخذ الجمر لم يبق له ما يصطلى به ولا ما يجبز ويطبخ به ، وإن أؤند النار في ملكه فله أن يمنع غيره من الدخول في ملكه لامن النار كما مر في الماء والكلا .

فصل

(كرى الأنهار العظام على بيت المال) وهي التي لا تدخل في المقاسم كسيحون وإخوته جيحون والنيل ودجلة والفرات وما شابهها ، لأن منفعتها للعامة فيكون في مالهم ، فإن لم يكن في بيت المال شيء أجبر الناس على كرية إذا احتاج إلى الكرى لإحياء لحق العامة ودفعاً للضرر عنهم ، لكن يخرج الإمام من يطبق العمل ويجعل مئوتهم على المياسير الذين لا يطبقونه (وما هو مملوك للعامة فكرية على أهله) لأن منفعتهم لهم (ومن أبي منهم يجبر) دفعاً للضرر العام ، وهو ضرر الشركاء بالضرر الخاص ، كيف وفيه منفعة فلا يعارضه وإن كان فيه ضرر عام بأن خافوا أن ينشق النهر فيخرج الماء إلى طريق المسلمين وأراضيهم ، فعليهم تحصينه بالحصص ، والنهر المملوك لجماعة مخصوصين فكيف عليهم ، ومن أبي منهم قيل يجبر لما مر ، وقيل لا يجبر لأن كل واحد من الضررين خاص ، ويمكن دفعه بالكري بأمر القاضي ، ثم يرجع على الآبر ، ولا كذلك الأول .

وَمَثُونَةُ الْكَرَى إِذَا جَاوَزَ أَرْضَ رَجُلٍ تَرْفَعُ عَنْهُ (سم) ، وَلَيْسَ عَلَى أَهْلِ الشَّقَةِ شَيْءٌ مِنَ الْكَرَى . نَهْرٌ لِرَجُلٍ يَجْرِي فِي أَرْضٍ غَيْرِهِ لَيْسَ لِصَاحِبِ الْأَرْضِ مَنَعُهُ . نَهْرٌ بَيْنَ قَوْمٍ اخْتَصَمُوا فِي الشَّرْبِ فَهُوَ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدَرِ أَرْضِيهِمْ ، وَلَيْسَ لِلْأَعْلَى أَنْ يُسْكِرَ حَتَّى يَسْتَوْفِيَ إِلَّا بِتَرْضَائِهِمْ ،

قال (ومثونة الكرى إذا جاوز أرض رجل ترفع عنه) وقالوا : الكرى عليهم جميعا من أوله إلى آخره بخصص الشرب والأراضي لأن الأعلى يحتاج إلى ما وراء أرضه لتسهيل ما فضل من مائه كي لا يفرق أهله . ولأبي حنيفة أنه متى جاوز الكرى أرضه تمكن من سقيها واندفعت حاجته فلا يلزمه ما بعد ذلك ، حتى لو أمكنه السقي بدون الكرى لا يجب عليه الكرى وما ذكر من الحاجة يندفع بسده من أعلاء ، وليس على صاحب المسيل عمارته كمن له على سطح آخر مسيل ماء . وإذا جاوز الكرى أرض رجل هل له أن يفتح الماء ؟ قيل له ذلك لأن الكرى قد انتهى في حقه ، وقيل لا ، لأنه لا يختص بالانتفاع بالماء ، ولهذا جرت العادة بالكرى من أسفل النهر أو بترك بعضه من أعلاه . قال (وليس على أهل الشقة شيء من الكرى) لأنها شركة عامة . قال (نهر لرجل يجري في أرض غيره ليس لصاحب الأرض منعه) لأن صاحب النهر مستعمل له بأجراء مائه عملا بالبيئة ، وعلى هذا المصعب في نهر أو على سطح والميزاب والطريق في دار غيره إلا أنه لا بد له أن يقول في الدعوى مصب ماء الوضوء أو المطر أو غيره لمكان التفاوت . قال (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لأن المقصود من الشرب سقي الأرض فيقدر بقدرها ، بخلاف الطريق لأن الطريق إلى الدار الواسعة والضيقة سواء ، ولو كان لبعض الأراضي ساقية وللبعض دالية ولا شيء للبعض وليس لها شرب معلوم فالشرب بينهم على قدر أراضيهم التي على حافة النهر . لأن المقصود من النهر سقي الأرض لا اتخاذ السواقي والدواهي فيستوى حالهم فيها هو المقدسود . ولأن الأراضي في الأصل لا بد لها من شرب ، وإن كان لها شرب معروف من غير هذا النهر فلا حق له في هذا النهر . قال (وليس للأعلى أن يسكر (١) حتى يستوفي إلا بتراضيهم) لما فيه من إبطال حق الباقيين وهو منع الماء عنهم في بعض المدة . ولأنه يحتاج إلى إحداث شيء في وسط النهر وربما ينكس ما يحدث فيه عند السكر . ورقبته مشتركة بينهم فلا يجوز لكن يشرب بحصته ، فإذا رضوا بذلك جاز لأن الحق لهم ، وكذلك لو اصطالحوا على أن يسكر كل واحد في نوبته جاز لما قلنا . لكن لا يسكر إلا بلوح أو باب ولا يسكر بالطين والتراب لأنه يكبس النهر وفيه ضرر ، وإن

(١) والسكر : السد . قال في مختار الصحاح : وسكر النهر : سده .

وَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَشْقَ مِنْهُ نَهْرًا ، أَوْ يَنْصِبَ عَلَيْهِ رَحَى أَوْ يَتَّخِذَ عَلَيْهِ جِسْرًا أَوْ يُوسِّعَ قَعَهُ ، أَوْ يَسُوقَ شِرْبَهُ إِلَى أَرْضٍ لَيْسَ لَهَا شِرْبٌ إِلَّا بِتَرَاضِيهِمْ ، وَلَوْ كَانَتْ الْقِسْمَةُ بِالْكُؤَى فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمْ أَنْ يَقْسِمَ بِالْأَيَّامِ ، وَلَا مُنَاصَفَةً ، وَلَا يَزِيدُ كَوَّةً ، وَإِنْ كَانَ لَا يَضُرُّ بِالْبَاقِينَ .

كتاب المزارعة

وَهِيَ عَقْدٌ عَلَى الزَّرْعِ بِيَعُضِ الْخَارِجِ ، وَهِيَ جَائِزَةٌ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ ،

لم يسكر باللوح فبالتراب . قال (وليس لأحدهم أن يشق منه نهرا ، أو ينصب عليه رحى ، أو يتخذ عليه جسرا أو يوسع قعه ، أو يسوق شربه إلى أرض ليس لها شرب إلا بتراضيه) أما شق النهر ونصب الرحى فلأن فيه كسر ضفة النهر وشغل ملك الغير بينائيه ، إلا أن لا تضر الرحى بالنهر ولا بالماء ويكون مكانها له خاص فيجوز ، لأنه تصرف في ملكه من غير إضرار بالغير . وأما اتخاذ الجسر فهو كطريق خاص بين قوم والقنطرة كالجسر . وأما توسعة قعه لأنه يكسر ضفة النهر ويزيد على مقدار حقه . وأما سوق شربه إلى أرض أخرى فلأنه ربما تقادم العهد فيدعيه ويستدل به على أنه له ، فإذا رضوا بذلك جاز لأنه حقهم . قال (ولو كانت القسمة بالكوى فليس لأحدهم أن يقسم بالأيام ، ولا مناصفة) لأن الحق ظهر بذلك فيترك على حاله ، إلا أن يتراضيا لأن الحق لهما . قال (ولا يزيد كوة وإن كان لا يضر بالباقيين) لما بينا ، بخلاف النهر الأعظم لأن له أن يشق فيه نهرا مبتدأ فزيادة الكوة أولى .

كتاب المزارعة

(وهى) مفاعلة من الزراعة وهى الحرث والفلاحة ، وتسمى مخابرة ، مشتقة من خير « فإنه صلى الله عليه وسلم دفع خير مزارعة » فسميت المزارعة مخابرة لذلك ، أو من الخير وهو الإكار : أو من الخبرة بالضم : النصيب ، أو من الخبر : الأرض اللينة ، وتسمى المحاقلة مشتقة من الحقل وهو الزرع إذا تشعب قبل أن يغلظ سوقه . ، وقيل الحقل : الأرض المليئة بالخالصة من شاة السبخ الصالحة للزراعة وتسميه أهل العراق القراج . وفى الشرع عقد على الزرع بيعض الخارج ، وهى جائزة عند أبي يوسف ومحمد (لأن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خير على نصف ما يخرج من ثمر وزرع ، ولأن الحاجة ماسة إليها ، صاحب الأرض قد لا يقدر على العمل بنفسه ولا يجد ما يستأجر به والقادر على العمل

وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ هِيَ فَاسِدَةٌ ، وَالْفَتْوَى عَلَى قَوْلِهِمَا ، وَلَا بُدَّ فِيهَا مِنَ التَّأْقِيتِ ، وَمِنْ صِلَاحِيَةِ الْأَرْضِ لِلزَّرَاعَةِ ، وَمِنْ مَعْرِفَةِ مِقْدَارِ الْبَذْرِ ، وَمَعْرِفَةِ جِنْسِهِ ، وَنَصِيبِ الْآخَرِ ، وَالتَّخْلِيَةِ بَيْنَ الْأَرْضِ وَالْعَامِلِ ، وَأَنْ يَكُونَ الْخَارِجُ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمَا حَتَّى لَوْ شَرَطَا لِأَحَدِهِمَا قَفْزَانًا مَعْلُومَةً ، أَوْ مَا عَلَى السَّوَادِ ، أَوْ أَنْ يَأْخُذَ رَبُّ الْبَذْرِ بِذَرَّةٍ ، أَوْ الْخَرَاجُ فَسَدَتْ ، وَإِنْ شَرَطَ رَفَعَ الْعَشْرَ جَازَ ،

لايجد أرضاً ولا ما يعمل به ، فدعت الحاجة إلى جوازها دفعا للحاجة المضاربة (وعند أبي حنيفة هي فاسدة) لما روى رافع بن خديج قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أمر كان لنا نافعاً ، نهانا إذا كان لأحدنا أرض أن نعطها ببعض الخارج ثلثه أو نصفه ، وقال : من كانت له أرض فليزرعها أو يمنحها أخاه ، وهذا متأخر عما كانوا يعتقدونه من الإباحة ويعملونه فاقترضى نسخته . وعن زيد بن ثابت قال « نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المخابرة قال : قلت وما المخابرة ؟ قال : أن تأخذ أرضاً بثلاث أو نصف أو ربع » وعن ابن عمر قال : كنا نخبر ولا نرى بذلك بأساً حتى ذكر رافع بن خديج « أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المخابرة » فركناه من أجل قوله ؛ ولأنه استنجار بأجرة مجهولة معدومة وذلك مفسد ؛ ولأنه استنجار ببعض ما يحصل من عمله فلا يجوز تنقيض الطحان . وحديث خير محمول على أنه خراج مقاسمة ، فانه عليه الصلاة والسلام لما فتح خير عنوة ترك خير على أهلها بوظيفة وظفها عليهم ، وهى نصف ما يخرج من تخيلهم وأراضهم (والفتوى على قولهما) لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف فصارت شريعة متوارثة وقضية متعارفة . قال الحصري : وأبو حنيفة هو الذى فرغ هذه المسائل على أصوله لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله . قال (ولا بدَّ فيها من التأقيت) لأنها تنعقد إجاراً ابتداءً وشركة انتهاءً ، ولأنها ترد على منفعة الأرض والعامل فلا بدَّ من تعيين المدّة كالإجارة . قال (ومن صلاحية الأرض للزراعة) ليحصل المقصود إذ هي الحل . قال (ومن معرفة مقدار البذر) قطعاً للمنازعة (ومعرفة جنسه) لأنه الأجرة (ونصيب الآخر) لأنه يستحقه عوضاً بالشرط . ولا بدَّ أن يكون العوض معلوماً . قال (والتخلية بين الأرض والعامل) لما مرَّ في المضاربة (وأن يكون الخارج مشتركاً بينهما) لما مرَّ في المضاربة فكل شرط يؤدّي إلى قطع الشركة يفسدها (حتى لو شرطاً لأحدهما قفزاناً معلوماً ، أو ما على السواقي . أو أن يأخذ ربُّ البذر بذره . أو الخراج فسدت) لأنه يؤدّي إلى قطع الشركة ، وقد مرَّ في المضاربة . قال (وإن شرط رفع العشر جاز) لأنه لا يؤدّي إلى قطع الشركة لأنه لا بدَّ أن يبقى بعده تسعة أعشار فتبقى الشركة فيه ، بخلاف الخراج والبذر لأنه قد لا يخرج

وَإِذَا كَانَتِ الْأَرْضُ وَالْبَذْرُ لِوَاحِدٍ ، وَالْعَمَلُ وَالْبَقَرُ لِآخَرَ ، أَوْ كَانَتِ الْأَرْضُ لِوَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ ، أَوْ كَانَ الْعَمَلُ مِنْ وَاحِدٍ وَالْبَاقِي لِآخَرَ فَهِيَ صَحِيحَةٌ . وَإِذَا صَحَّتِ الْمُزَارَعَةُ فَالْخَارِجُ عَلَى الشَّرْطِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ شَيْءٌ فَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ وَمَا عَدَا هَذِهِ الْوُجُوهُ فَاسِدَةٌ ،

إلا ذلك القدر أو أقل منه ، فيؤدي إلى قطع الشركة فيبطل . قال (وإذا كانت الأرض والبذر لواحد والعمل والبقرة لآخر ، أو كانت الأرض لواحد والبقرة لآخر ، أو كان العمل من واحد والبقرة لآخر فهي صحيحة) لأنه استتجار للأرض أو للعامل . أما الأول فلأنه استتجار للعامل والبقرة آلة العمل فكانت تابعة له لا يقابلها أجره كآلة الحياط . وأما الثاني فهو استتجار للأرض ببعض معلوم فصار كالدرهم المعلوم . وأما الثالث فهو استتجار للعامل ليعمل بآلة المستعمل كما إذا شرط على الحياط أن يخطط بآلة صاحب الثوب (وإذا صحّت المزارعة فالخارج على الشرط) عملاً بالتزامهما ، قال عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » (فإن لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لأنها شركة في الخارج ولا خارج وصار كالمضارب إذ لم يربح ، وإن كانت لإجارة فقد عين الأجرة فلا يستحق غيرها ، بخلاف الفاسدة ، لأن أجر المثل يتعلق بالذمة فلا يفوت بفوات الخاوج . قال (وما عدا هذه الوجوه فاسدة) وهي ثلاثة أيضاً : وهي أن يكون البقر والآلات من رب الأرض والبذر من العامل ، أو يكون البذر من أحدهما والبقرة من الآخر ، أو تكون الأرض من واحد والبقرة من آخر والبذر من آخر والعمل من آخر . أما الأول فذكر رواية الأصل . وروى عن أبي يوسف رحمه الله جوازه لأنه استتجار الأرض ببعض الخارج فيجوز ويجعل البقر تبعاً للأرض كما تجعل تبعاً للعامل . وجه الظاهر أن منفعة البقر من جنس منفعة العامل لأن الكل عمل فأمكن جعلها تبعاً للعامل وليست من جنس منفعة الأرض . لأن منفعة الأرض قوة في طبعها بخلق الله تعالى يحصل بها النماء فلا يمكن جعلها تبعاً . وأما الثاني فلأنه شركة بين البذر والعمل ولم يرد به الشرع . وأما الثالث فلما روى أن أربعة اشتركوا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم من قبل أحدهم الأرض ، ومن قبل الآخر البذر . ومن قبل الآخر البقر ، ومن قبل الآخر العمل فأبطلها عليه الصلاة والسلام . قال أبو جعفر الطحاوي رحمه الله في شرح الآثار : فزرعوا ثم حصدوا ثم أتوا النبي صلى الله عليه وسلم ، فجعل الزرع لصاحب البذر ، وجعل لصاحب العمل أجراً معلوماً ، وجعل لصاحب الفدان كل يوم درهما ، وألغى الأرض في ذلك . ووجه آخر فاسد أيضاً ، وهو أن يكون البذر والبقرة من جانب والعمل والأرض من جانب ، لما مرّ في الوجه الثاني .

وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر ، وللاخير أجر عمله أو أجر أرضه لايزاد على قدر المسمى (م) ، ولو شرطا التبن لرب البذر صح ، وإن شرطاه للاخير لايصح ، وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر ، وإن امتنع الآخر أجبر إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة ،

قال (وإذا فسدت فالخارج لصاحب البذر) لأنه نماء ملكه ، والآخر إنما يستحقه بالتسمية وقد فسدت (وللآخر أجر عمله) إن كان البذر من رب الأرض (أو أجر أرضه) إن كان البذر من قبل العامل (لايزاد على قدر المسمى) لأنه رضى بقدر المسمى . وقال محمد رحمه الله : تجب بالغة ما بلغ ، وقد سبق في الإجارة . وإذا كان البذر لرب الأرض في المزارعة الفاسدة طاب له جميعه لأنه نماء بذره في أرضه ، وإن كان من العامل طاب له قدر بذره وقدر أجر الأرض ، وتصدق بالفضل لأنه حصل من بذره لكن في أرض مملوكة للغير بعقد فاسد أوجب خبثا ، فما كان عوض ماله طاب له وتصدق بالفضل ، وإن شرطا عملهما جميعا فهي فاسدة ، لأن البذر إن كان من صاحب الأرض وتد شرط عمله لم توجد التخلية بين الأرض والعامل ، وقد بينا أنها شرط ، وإن كان من العامل فالعامل قد استأجر الأرض ، فاذا شرط عمل صاحبها لم يسلم له ما استأجر فيعطى ، ولو شرطا الخارج كله لأحدهما والبذر من صاحب الأرض جاز ، فإن شرطاه له يكون مستعينا بالعامل ليزرع أرضه ، وإن شرطاه للعامل يكون إجارة للأرض وإقراضا للبذر منه ؛ وإن كان البذر من العامل فإن شرطاه لرب الأرض فسدت ، والخارج لرب البذر وعليه مثل أجر الأرض لأنه يصير مستأجرا للأرض بجميع الخارج وأنه يقطع الشركة ، وإن شرطاه للعامل جاز ويكون معبرا أرضه منه . قال (ولو شرطا التبن لرب البذر صح) معناه بعد شرط الحب بينهما لأنه حكم العقد لأن التبن من البذر (وإن شرطاه للآخر لايصح) لأنه ربما لا يخرج إلا التبن ، وهو إنما يستحقه بالشرط . ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للتبن صحت الشركة في المقصود . والتبن لرب البذر لأنه نماء بذره ، وقيل بينهما تبعا للحب ؛ ولو شرطا التبن لأحدهما والحب للآخر فهي فاسدة لأنه ربما يصيبه آفة فلا ينقد الحب . قال (وإن عقداها فامتنع صاحب البذر لم يجبر) ولا شيء عليه من عمل الكراب في القضاء ، ويلزمه ديانة أن يرصيه لأنه غره . والأصل فيه أن المزارعة غير لازمة في حق صاحب البذر لأنه لا يمكنه الوفاء بالعقد إلا باتلاف ماله وهو البذر . وهي لازمة في حق الآخر . لأن منفعة العامل أو منفعة الأرض صارت مستحقة للآخر فيجب عليه تسليمها . قال (وإن امتنع الآخر أجبر) لأن العقد لازم كالإجارة ولا ضرر عليه في الوفاء به (إلا أن يكون عذر تفسخ به الإجارة فتفسخ به المزارعة) لأنها في معنى الإجارة ؛ وإذا لزم رب الأرض دين واحتاج

وَلَيْسَ لِلْعَامِلِ أَنْ يُطَالِبَهُ بِأُجْرَةِ الْكِرَابِ وَحَقَرِ الْأَنْهَارِ ، وَأُجْرَةِ الْحَصَادِ
وَالرَّفَاعِ وَالْدِيَّاسِ وَالتَّنْذِيرَةِ عَلَيْهِمَا بِالْحَصَصِ ، وَلَوْ شَرَطَا ذَلِكَ عَلَى الْعَامِلِ
لَا يَجُوزُ ، وَعَنْ أَبِي يُونُسَ جَوَازُهُ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى ؛ وَإِذَا مَاتَ أَحَدُ الْمُتَعَاقِدَيْنِ
بَطَلَتْ ؛

إلى بيعها فيه باعها الحاكم كما في الإجارة (وليس للعامل أن يطالبه بأجرة الكراب وحفر
الأنهار) لأن المنافع إنما تنقوم بالعقد وإنما قومت بالخارج وقد انعدم ؛ ولو نبت الزرع
ولم يحصد لاتباع الأرض حتى يستحصد لما فيه من إبطال حق المزارع وتأخير حق رب
الدين أهون ، ولا يحبس القاضي لأنه ليس بظالم والحبس جزاء الظلم . قال (وأجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص) لأن العقد انتهى بانتهاء الزرع لحصول
المقصود ، فبقى مالا مشتركا بينهما بغير عقد فتكون مثنوته عليهما ؛ فان أنفق أحدهما بغير
إذن الآخر ولا أمر القاضي فهو متبرع ، إذ لا ولاية له عليه (ولو شرط ذلك على العامل
لا يجوز) وأصله أنه متى شرط في المزارعة ما ليس من أعمالها فسدت ، لأنه شرط لا يقتضيه
العقد وفيه نفع لأحدهما فصار كاشتراط الحمل عليه (وعن أبي يوسف جوازه ، وعليه
الفتوى) للعامل كالاتصاف ؛ ولو شرط ذلك على رب الأرض لا يجوز بالإجماع لعدم
التعارف ، وإن شرط ما هو من أعمال الزراعة لا يفسدها ، وهو كل عمل ينبت ويزيد
في الخارج ، وما لا ينبت ولا يزيد ليس من عملها ، وكل شرط ينتفع به رب الأرض بعد
انقضاء المدة يفسدها ، ككرى الأنهار ، وطرح السريقين في الأرض ، وبناء الحائط ،
وتثنية الكراب ؛ وقيل إن كانت المزارعة سنتين لا تنفسد في الثانية ، لأن منفعتها لا تبقى ؛
وقيل إن كان في الخضرة لا تنفسد أيضا ، لأن منفعتها لا تبقى بعدها ، فانه لو كرب مرارا
لا تبقى منفعتها بسقى واحد ، ولو بقيت فسدت .

واختلفوا في الثانية ، قيل هو أن يكربها مرتين وهو المشهور وفيه الكلام ؛ وقيل أن
يكربها بعد الحصاد ويسلم الأرض مكروبة ، وهذا فاسد بكل حال ، فكل عمل قبل
الإدراك مما يحصل به الخارج كالحفظ والسقى على العامل ؛ لأن رأس المال العمل . وما
بعد الإدراك قبل القسمة عليهما على ما ذكرنا كالحصاد وإخوته . وما بعد القسمة كالحمل
والطحن عليهما بالإجماع ؛ ولو أراد فصل الزرع قصيلا أو جذاذ الثمرة بسرا أو انتقاط
الرطب فهو عليهما ، لأنهما أنهما العقد بهما فصار كما بعد الإدراك . قال (وإذا مات
أحد المتعاقدين بطلت) لما مر في الإجارة ، ولو مات رب الأرض والزرع لم يستحصد
ترك حتى يحصد مراعاة للحقين ويتنقض. فيما بقى إن كان العقد على أكثر من سنة ، لأن

وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُهُ نَصِيْبِهِ مِنْ
الْأَرْضِ حَتَّى يَسْتَحْصِدَ ، وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى يَسْتَحْصِدَ .

كتاب المساقاة

وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِي الْخِلَافِ وَالْحُكْمِ وَفِي الشُّرُوطِ إِلَّا الْمُدَّةَ ،

بِقَاءِهِ فِي السَّنَةِ الْأُولَى لَمَّا بَيْنَا مِنَ الْعَدْرِ ، وَقَدْ زَالَ وَلَا ضَرَرَ فِيهِ عَلَى الْعَامِلِ لَمَّا تَقَدَّمَ ،
وَلَوْ مَاتَ بَعْدَ مَا كَرَبَ وَحَفَرَ انْتَقَضَتْ ، وَلَا شَيْءَ لِلْعَامِلِ فِي مُقَابَلَةِ عَمَلِهِ ، وَقَدْ مَرَّ .
قَالَ (وَإِذَا انْقَضَتِ الْمُدَّةُ وَلَمْ يَدْرِكِ الزَّرْعُ فَعَلَى الْمُزَارِعِ أَجْرُهُ نَصِيْبِهِ مِنَ الْأَرْضِ حَتَّى
يَسْتَحْصِدَ) لِأَنَّ إِبْقَاءَ الزَّرْعِ بِأَجْرَةِ الْمَثَلِ نَظَرًا لِلْجَانِبَيْنِ . قَالَ (وَنَفَقَةُ الزَّرْعِ عَلَيْهِمَا حَتَّى
يَسْتَحْصِدَ) لِانْتِهَاءِ الْعَقْدِ فَصَارَ عَمَلًا فِي مَالٍ مُشْتَرَكٍ فَيَكُونُ عَلَيْهِمَا ؛ وَلَوْ مَاتَ رَبُّ الْأَرْضِ
وَالزَّرْعُ بِقَلٍ ، فَالْعَمَلُ عَلَى الْعَامِلِ لِبَقَاءِ الْعَقْدِ بِبَقَاءِ مَدَّتِهِ .

فصل

وَمِنْ سَقَى أَرْضَهُ فَسَالَ مِنْ مَائِهِ إِلَى أَرْضٍ غَيْرِهِ فَغَرَقَهَا أَوْ نَزَتْ إِلَيْهَا فَلَا ضِمَانُ عَلَيْهِ .
مَعْنَاهُ : إِذَا سَقَاهُ سَقِيًّا مَعْتَادًا ، أَمَا إِذَا كَانَ غَيْرَ مَعْتَادٍ ضَمِنَ لِأَنَّهُ مُتَعَدٍّ ، لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ لِتَغْرِيقِ
أَرْضٍ غَيْرِ غَالِبًا ، وَلَوْ كَانَ فِي أَرْضِهِ جَحْرٌ فَأَرَاهُ فَخَرَجَ مِنْهُ الْمَاءُ إِلَى أَرْضٍ جَارِهِ فَغَرَقَتْ
إِنْ لَمْ يَعْلَمْ بِهِ لَمْ يَضْمِنْ لِعَدَمِ التَّعَدِّيِّ ؛ وَإِنْ عَلِمَ ضَمِنَ لِلتَّعَدِّيِّ ، وَعَلَى هَذَا إِذَا فُتِحَ رَأْسُ
نَهْرِهِ فَسَالَ إِلَى أَرْضٍ جَارِهِ فَغَرَقَتْ إِنْ كَانَ مَعْتَادًا لَا يَضْمِنْ وَإِلَّا ضَمِنَ ؛ وَكَذَا لَوْ أَحْرَقَ
الْكَلَأَ وَالْحَصَائِدَ فِي أَرْضِهِ فَذَهَبَتِ النَّارُ فَأَحْرَقَتْ شَيْئًا لغيرِهِ إِنْ كَانَ إِبْقَادًا مَعْتَادًا لَا يَضْمِنْ
وَإِلَّا ضَمِنَ ؛ وَقَبْلَ أَنْ يَكُونَ يَوْمَ رِيحٍ وَعَلِمَ أَنَّ النَّارَ تَتَعَدَّى ضَمِنَ .

كتاب المساقاة

وَتُسَمَّى مَعَامَلَةً ، مِفَاعَلَةٌ مِنَ السَّقَى وَالْعَمَلِ ، وَهِيَ أَنْ يَقُومَ بِمَا يَخْتَاجُ إِلَيْهِ الشَّجَرُ مِنْ
تَلْقِيحٍ وَعَسْفٍ وَتَنْظِيفٍ السَّوَاتِي وَسَقَى وَحِرَاسَةٍ وَغَيْرِ ذَلِكَ (وَهِيَ كَالْمُزَارَعَةِ فِي الْخِلَافِ
وَالْحُكْمِ) وَقَدْ مَرَّ . قَالَ (وَفِي الشُّرُوطِ إِلَّا الْمُدَّةَ) وَالْقِيَاسُ أَنْ تَذَكَرَ الْمُدَّةُ لَمَّا فِيهَا مِنْ
مَعْنَى الْإِجَارَةِ ؛ وَفِي الْأَسْتَحْصَانِ يَجُوزُ وَإِنْ لَمْ يَبْيُنِهَا ، وَتَقَعُ عَلَى أَوَّلِ ثَمَرَةٍ تَخْرُجُ ، لِأَنَّ
وَقْتُ إِدْرَاكِ الثَّمَرَةِ مَعْلُومٌ وَالتَّفَاوُتُ فِيهِ قَلِيلٌ وَيَدْخُلُ فِيهِ الْمُتَيَقِّنُ . بِخِلَافِ الزَّرْعِ فَانَّهُ يَخْتَلِفُ
كَثِيرًا ابْتِدَاءً وَانْتِهَاءً ، رُبَّمَا وَخَرِيفًا وَغَيْرِ ذَلِكَ . وَفِي الرُّطْبَةِ إِدْرَاكِ بَذْرِهَا لِأَنَّ لَهُ نَهَايَةَ
مَعْلُومَةً ، مَعْنَاهُ : إِذَا دَفَعَهَا بَعْدَ مَا تَنَاهَى نَبَاتُهَا وَلَمْ تَخْرُجِ الْبَلَرُ فَيَقُومُ عَلَيْهَا لِجَرِّحِ الْمَذْرُوعِ ،

وإن سميا مدة لا تخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة ، وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة ، وتجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان إذا كانت تزيد بالسقي والعمل وتبطل بالموت .

أما إذا دفعها وقد نبتت ، أو دفع البذر ليذره فهي فاسدة ؛ وإن كان وقت جزها معلوما جاز ؛ ويقع على الحزة الأولى كالثمرة في الشجر ؛ ولو دفع غرس شجر أو كرم قد علق ولم تبلغ الثمرة على أن يقوم عليه والخارج نصفان فهي فاسدة لجهالة المدة ، فانه يختلف بقوة الأرض وضعفها ، ولا يدري متى تحمل ، فان سميا مدة يعلم أنها تثمر فيه جاز . قال (وإن سميا مدة لا تخرج الثمرة في مثلها فهي فاسدة) لفوات المقصود وهي الشركة في الخارج وإن شرطا وقتا قد تترك الثمرة فيه وقد تتأخر عنه فهي موقوفة لأننا لا نتيقن بفوات المقصود ، فان أدركت فيه تبين أنها كانت جائزة ، وإن لم تترك ففاسدة ، وله أجر مثله لفساد العقد ، وكذلك إن أخرجت في تلك السنة مالا يرغب فيه ، وإن أحاك في تلك السنة فلم تخرج شيئا فهي جائزة ، لأنه متى كان خروج الثمرة موهوما انعقدت موقوفة فلا تنقلب فاسدة . قال (وإن دفع نخلا أو أصول رطبة ليقوم عليها وأطلق لا يجوز في الرطبة إلا بمدة معلومة) لأنه ليس لها نهاية معلومة ، لأنها تنمو ما تركت في الأرض فجعلت المدة ، ومعناه إذا لم يعلم وقت جوازها على ما تقدم . قال (وتجوز المساقاة في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) لأن لعمله تأثيرا في نمائه وجودته لعموم الحاجة في الكل ، وأهل خير كانوا يعملون في الأشجار والرطاب ، وإنما يجوز ذلك (إذا كانت تزيد بالسقي والعمل) كالطلع والبلح والبسر ونحو ذلك حتى يكون لعمله أثر يستحق به شيئا من الخارج حتى لو دفعها وقد انتهت الثمرة في العظم ولا تزيد بعمله لا يجوز ، لأنه لا أثر لعمله وهو إنما يستحق به ، ومتى فسدت المساقاة فله أجر مثله وقد بيناه ، وعلى هذا الزرع إن دفعه وهو بقل جاز ، وإن كان قد استحصد لا يجوز . قال (وتبطل بالموت) لأنها في معنى الإجارة وقد مر ، فان مات رب الأرض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه حتى تترك الثمرة ، وإن أبي الورثة ذلك دفعا للضرر عنه ولا ضرر عليهم في ذلك ؛ ولو أراد العامل قطعه وإدخال الضرر على نفسه فالورثة بالخيار ، إما أن يقسموا البسر على الشرط ، أو يعطوه قيمة نصيبه بسرا ، أو ينفقوا على البسر ويرجعوا به على العامل ، لأنه ليس له إلحاق الضرر بهم ، ودفعه متعين بما ذكرنا وإن مات العامل فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن كره رب الأرض لما ذكرنا وفيه نظر للجانبين وإن أرادوا قطعه بسرا فلصاحب الأرض الخيارات الثلاث على ما بينا ، وإن ماتا فورثة كل واحد كالمورث ونظيره في المزارعة إذا مات المزارع وقد نبت الزرع

كتاب النكاح

فلورثته أن يقوموا مقامه ، وإن أبى ربّ الأرض لما بيننا وإن أرادوا قلعه فللمالك الخيارات الثلاث على ما بيننا ، وإذا انقضت مدّة المساقاة فهو كالموت ، وللعامل أن يقوم عليها حتى تدرك ولا أجر عليه ، بخلاف المزارعة ، لأن الأرض يجوز استئجارها ولا يجوز استئجار الشجر والعمل كله على العامل ، بخلاف المزارعة حيث تكون عليهما ، لأنه لأجر عليه هنا ، فيكون العمل عليه حتى ينتهى . أما في المزارعة لما وجب عليه مثل نصف أجر الأرض لا يستحقّ عليه العمل ، وتفسخ بالأعذار كما في الإجارة ؛ ومما يختصّ بها من الأعذار كون العامل سارقا يسرق السعف والخشب والثمرة قبل الإدراك ، لأنه يلزم المالك ضرر لم يلتزمه ؛ ومنها مرض العامل إذا أعجزه عن العمل لأنه يلزمه الاستئجار بزيادة أجر وأنه ضرر لم يلتزمه ، وليس للمالك الفسخ بغير عذر لما بيننا في المزارعة أن المساقاة تلزم من الجانبين .

كتاب النكاح

وهو في اللغة الضمّ والجمع ، ومن أمثاله : أنكحنا الفرافسرى (١) : أى جمعنا بين حمار الوحش والأتان لتنظر ما يتولد منهما ، يضرب مثلا لقوم يجتمعون على أمر لا يدرون ما يصدر عنهم . وحكى المبرد عن البصريين وغلام ثعلب عن الكوفيين : أن النكاح عبارة عن الجمع والضمّ . وفي الشرع عبارة عن ضمّ وجمع مخصوص وهو الوطء . لأن الزوجين حالة الوطء يجتمعان وينضمّ كلّ واحد إلى صاحبه حتى يصيرا كأنّ شخص الواحد ، وقد يستعمل في العقد مجازا لما أنه يثول إلى الضمّ . وإنما هو حقيقة في الوطء ، فثي أطلق النكاح في الشرع يراد به الوطء لقوله عليه الصلاة والسلام « ولدت من نكاح » أى من وطء حلال . وقوله « يحلّ للرجل من امرأته الحائض كلّ شيء إلا النكاح » وقد ورد في أشعار العرب بمعنى الوطء أيضا . قال الأعشى :

ومنكوحة غير مهورية وأخرى يقال له فادها

يعنى مسبية موطوءة بغير عقد ولا مهر . وقال آخر :

ومن أيم قد أنكحها رماحنا وأخرى على عمّ وخال تلهف

(١) قوله أنكحنا الفرافسرى ، قال في مجمع الأمثال للميداني في كتابته على هذا المثل ما نصه : قاله رجل لامرأته حين خطب إليه ابنته رجل وأبى أن يزوجه . فرضيت أمها بتزويجه فغلبت الأب حتى زوجها منه بكرة وقال : أنكحنا الفرافسرى . ثم أساء الزوج العشرة فطلقها . يضرب في التحذير من سوء العاقبة اهـ .

النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة الخوف من الجور مكروه . وركنه الإيجاب والقبول . وينعقد بلفظين ماضيين ، أو بلفظين أحدهما ماضٍ والآخر مستقبل ، كقوله زوّجني ، فيقول زوّجتك ؛

يعنى وطء المسبية بالرماح إلى غيرها من الأشعار الكثيرة ، وإنما يفهم منه العقد بقرينة قوله تعالى - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الآية ، لأن العقد هو الذي يختص بالعدد دون الوطء ، وكذا قوله صلى الله عليه وسلم « لا نكاح إلا بشهود » لأن الشهود لا يكونون على الوطء ، ولأنهما حالة العقد مفترقان ، وإنما يطلق عليه النكاح لإفضائه إلى الضم كقوله تعالى - إني أراني أعصر خمرا - وهو عقد مشروع مستحب مندوب إليه ، ثبتت شرعيته بالكتاب وهو قوله تعالى - وأنكحوا الأيامى منكم - وقوله - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وبالسنة قال صلى الله عليه وسلم « تناكحوا تكثرُوا فاني أباهي بكم الأُم يوم القيامة » وقال « النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني » والنصوص في ذلك كثيرة والآثار فيه غزيرة ، وعلى شرعيته إجماع الأمة .

قال (النكاح حالة الاعتدال سنة مؤكدة مرغوبة ، وحالة التوقان واجب ، وحالة الخوف من الجور مكروه) أما الأول فلما تقدّم من النصوص ، فبعضها أمر وأنه يقتضي الترغيب والتأكيد على فعله ، وكذلك الحديث الثاني ناطق بكونه سنة ، ثم أكدّه حيث علّق بتركه أمراً محذوراً ، وأنه من خصائص التأكيد كما في سنة الفجر ، ولأنه صلى الله عليه وسلم واطب عليه مدة عمره وأنه آية التأكيد . وأما الثاني فلأن حالة التوقان يخاف عليه أو يغلب على الظن وقوعه في محرم الزنا ، والنكاح يمنعه عن ذلك فكان واجبا ، لأن الامتناع عن الحرام فرض واجب . وأما الثالث فلأن النكاح إنما شرع لما فيه من تحصين النفس ومنعها عن الزنا على سبيل الاحتمال وتحصيل الثواب المحتمل بالولد الذي يعبد الله تعالى ويوحده ، والذي يخاف الجور والميل يأثم بالجور والميل ويرتكب المنهيات المحرمات فيندم في حقه المصالح لرجحان هذه المفاسد عليها ، وقضيته الحرمة إلا أن النصوص لا تفصل فقلنا بالكراهة في حقه عملا بالشبهين بالقدر الممكن (وركنه الإيجاب والقبول) لأن العقد يوجد بهما ، وركن الشيء ما يوجد به كأركان البيت . قال (وينعقد بلفظين ماضيين) كقوله زوّجتك ، وقول الآخر تزوّجت أو قبلت ، لأن هذا اللفظ يستعمل للإنشاء شرعا للحاجة ولا خلاف فيه (أو بلفظين أحدهما ماضٍ ، والآخر مستقبل ، كقواه زوّجني . فيقول زوّجتك) لأن قوله زوّجني توكيل ، والوكيل يتولى طرفي النكاح على ما نيّنه . وروى المصنف

وَيَنْعَقِدُ بِلَفْظِ النِّكَاحِ وَالتَّزْوِيجِ وَالْهَبَةِ وَالصَّدَقَةِ وَالتَّمْلِيكِ وَالْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ (ف) ، وَلَا يَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا بِحُضُورِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، وَلَا بُدَّ فِي الشُّهُودِ مِنْ صِفَةِ الْحُرِّيَةِ وَالْإِسْلَامِ ، وَلَا تُشْتَرَطُ الْعَدَالَةُ (ف) :

عن أبي يوسف عن أبي حنيفة لو قال : جئتكم خاطبا ابنتك ، أو لتزوجني ابنتك ، أو زوجني ابنتك ، فقال الأب : قد زوجتك فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لا يقبل ، ولا يشبه البيع لأن مبناه على المساخمة والمساهلة ، والبيع على المماكسة والمساومة ؛ ولو قال لها : أنا أتزوجك ، فقالت قد فعلت ، جاز ولزم ، لأن قوله أتزوجك بمعنى تزوجتك عرفا بدلالة الحال كما في كلمة الشهادة ، ولو قال أتزوجني فقال الآخر زوجتك لا ينعقد النكاح لأنه استخبار واستيعاد لأمر وتوكيل ، ولو أراد به التحقيق دون الاستخبار والسوم ينعقد به . قال (و ينعقد بلفظ النكاح والتزويج) لأنهما صريح فيه . قال (والهبة والصدقة والتملك والبيع والشراء) لأن هذه الألفاظ تفيد الملك ، وأنه سبب للملك المتعة بواسطة ملك الرقبة كما في ملك اليمين والسببية من طرق الحجاز . وأما لفظ الإجارة فروى ابن رستم عن محمد أنه لا ينعقد بها . وهو اختيار أبي بكر الرازي . لأن الإجارة لانفاد ملك المتعة ولأنها تنبئ عن التأقيت ، ولا تأقيت في النكاح . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز وهو اختيار الكرخي . قال : لأن الله تعالى سمى المهر أجرا فينعقد بلفظ الإجارة كالإجارة . وعن محمد : لو قال : أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد . وإن أوصى بها مطلقا لا ينعقد لأنها توجب الملك معلقا بشرط الموت ، والأصل فيه ما قاله أصحابنا : كل لفظ يصح لتمليك الأعيان مطلقا ينعقد به النكاح . وروى ابن رستم عن محمد أنه قال : كل لفظ يكون في الأمة تمليكا للرق فهو نكاح في الحرية . قال (ولا ينعقد نكاح المسلمين إلا بحضور رجلين ، أو رجل وامرأتين . ولا بد في الشهود من صفة الحرية والإسلام ، ولا تشترط العدالة) فالشهود شرط لقوله عليه الصلاة والسلام « لانكاح إلا بشهود » وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال « الزانية التي تنكح نفسها بغير بينة » وأما صفة الشهود ، قال أصحابنا : كل من ملك القبول بنفسه انعقد العقد بحضوره ومن لا فلا . وهذا صحيح لأن كل واحد من الشهادة والقبول شرط لصحة العقد فجاز اعتبار أحدهما بالآخر . ولا بد فيه من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ في الشاهد ، لأن العبد والصبي واخبتون ليسوا من أهل الشهادة لما مر في الشهادات ولا يملكون القبول بأنفسهم ؛ ولا بد من اعتبار الإسلام في نكاح المسلمين لعدم ولاية الكافر على المسلم ؛ ويجوز بشهادة رجل وامرأتين اعتبارا بالشهادة على المال على ما بيناه في الشهادات ، و ينعقد بحضور الفاسقين ، لأن النص لا يفصل ولأنه يملك القبول بنفسه كالعبد . ولأنه غير مسلوب الولاية عن نفسه فلا يسلبها عن غيره لأنه من جنسه ، ولأنه يحمل فيجوز ؛ لأن الفسق

وَيَنْعَقِدُ بِشَهَادَةِ الْعُمَيَّانِ . وَإِذَا تَزَوَّجَ مُسْلِمٌ ذِمِّيَّةً بِشَهَادَةِ ذِمِّيَّيْنِ جَازٍ (م) ، وَلَا يَظْهَرُ عِنْدَ جُحُودِهِ .
وَيَحْرُمُ عَلَى الرَّجُلِ نِكَاحُ أُمِّهِ وَجَدَّاتِهِ وَبَنَاتِ وَلَدِهِ وَأُخْتِهِ
وَبَنَاتِهَا وَبَنَاتِ أَخِيهِ وَعَمَّتِهِ وَخَالَاتِهِ وَأُمِّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةُ
أَبِيهِ وَأَجْدَادِهِ وَبَنِيهِ وَبَنَى أَوْلَادِهِ وَاجْتَمَعَ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ نِكَاحًا وَوَطْنَا
بِمِلْكٍ يَمِينٍ ؛ وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا مِنَ النَّسَبِ .

يؤثر في الشهادة للثمة وذلك عند الأداء . أما التحمل فأمر مشاهد لاثمة فيه ، وانعقاد
النكاح لا يتوقف على شهادة من يثبت بشهادته كمن ظاهره العدالة ولا يعلم باطنه ، ولهذا
ينعقد بشهادة ابنيهما وأبنيها من غيرها ، ولا يظهر بشهادتهم عند دعوى القريب لما أن
العقد لا يتوقف إلا على الحضور لأعلى من يثبت بشهادته . قال (وينعقد بشهادة العميان)
لأنهم من أهل الشهادة حتى لو حكم بها حاكم جاز لأنه مجتهد فيه ، فان مالكا يجوز شهادته
وأبا يوسف يجيزها إذا تحملها بصيرا ، وإذا كان من أهل الشهادة صار كالבصير لأنه يملك
القبول بنفسه ، والمحدود في القذف إن تاب فهو من أهل الشهادة ، حتى لو حكم بشهادته
حاكم جاز ، وإن لم يتب فهو فاسق وقد مر . قال (وإذا تزوج مسلم ذمياً بشهادة ذميين
جاز ولا يظهر عند جحوده) وقال محمد : لا يجوز لأنه لا شهادة للكافر على المسلم ، والسماع
في النكاح شهادة فصار كأنهم سمعوا كلام المرأة وحدها . ولهما أن العقد يثبت بشهادتهما
لو جحدت ؛ وإذا جاز أن يثبت بشهادتهما فلأن ينعقد بحضرتهم الأولى ، ولأن الانعقاد
لا يتوقف على سماع من يثبت به العقد لما مر ، ولأن سماع الكفار صحيح في حق المسلم حتى
لو أسلما بعد ما سمعا ذميين جازت شهادتهما ، ولأن الشهادة شرطت في الانعقاد لإثبات
الملك إظهار الخطر المحل لا لوجوب المهر لما بينا وقد وجدت فيثبت الملك ، بخلاف ما إذا
لم يسمعا كلامه ، لأن العقد إنما ينعقد بكلامه والشهادة على العقد شرط .

فصل في المحرمات

(ويحرم على الرجل نكاح أمه وجداته وبنته وبنات ولده وأخته وبناتها وأخته وأخيه وعمته
نالت وأُمَّ امْرَأَتِهِ وَبَنَاتِهَا إِنْ دَخَلَ بِهَا وَامْرَأَةُ أَبِيهِ وَأَجْدَادُهُ وَبَنِيهِ وَبَنَى أَوْلَادُهُ وَاجْتَمَعَ بَيْنَ
خَتْنِ نِكَاحًا وَوَطْنَا بِمِلْكٍ يَمِينٍ ، وَيَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَنْ ذَكَرْنَا) ما يحرم (من النسب)
اعلم أن المحرمات بكتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم تسعة أقسام : بالقرابة ،
الصهرية ، وبالرضاع ، وبالجمع ، وبالتقديم ، وبتعلق حق الغير به ، وبالملك ،

وبالكفر ، وبالطلاق الثلاث . فالحرمات بالقرابة سبعة أنواع : الأمهات وإن علون ، والبنات وإن سفلن ، والأخوات من أى جهة كن ، والحالات والعمات جميعهن ، وبنات الأخ وبنات الأخت وإن سفلن فهن محرمات بنص الكتاب نكاحا ووطئا ، ودواعيه على التأييد ، قال الله تعالى - حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت - نص على التحريم مطلقا فيقتضى حرمة جميع الأفعال في المحل المضاف إليه التحريم إلا فعلا فيه تعظيم وتكريم فإنه خارج عن الإرادة ، إما لأنه مأموره بالصورة الموجبة لصلة الرحم وبرّ الوالدين والإحسان بهما ، أو لوجوب ذلك عقلا ، أو بالإجماع . وما عداهن من القربات محلات بقوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم - . والمحرمات بالصهرية أربعة : أمّ امرأته وبناتها ، فتحرم أمها بنفس العقد على البنت . قال تعالى - وأمّهات نسائكم - مطلقا . ولا تحرم البنت حتى يدخل بالأم ، قال تعالى - وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن - الآية . وتحرم الربيبة وإن لم تكن في حجر الزوج ، وذكر الحجر في الآية مخرج مخرج العادة للشرط ، وكذا بنات بنت المرأة وبنات ابنتها لدخولهن تحت اسم الربيبة ، وحليلة الابن وابن الابن وابن البنت وإن سفل حرام على الأب دخل الابن بها أو لم يدخل . لقوله تعالى - وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم - فلا يدخل فيه حليلة الابن المتبنى . وحليلة الأب والجد من قبل الأب والأم وإن علا حرام على الابن ، قال تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف - وفي كل موضع يحرم بالعقد إنما يحرم بالعقد الصحيح دون النكاح . لأن مطلق النكاح والزوجة والحليلة إنما ينطلق على الصحيح . واسم الحليلة بنتها ل الزوجة والمملوكة ، غير أن الزوجة تحرم بمجرد العقد . والأمة لا تحرم إلا بالوطء ، لأن الفراش قائم مقام الوطء وهو موجود في ملك النكاح دون ملك النكاح . ولهذا لا يجوز أن يجمع بين الأختين بعقد النكاح وإن لم يوطأ ، ويجوز ذلك في ملك النكاح إذا لم يوطأ . ولو كان له جارية فقال وطئها حرمت على أبيه وابنه ، ولو قال ذلك في جارية الغير لا تحرم أخذها بالظاهر فيها ، ولو اشترى جارية من تركه أبيه وسعه وطئها ما لم يعلم أن الأب وطئها . ولو قصد امرأته ليجامعها وهى نائمة مع بنتها المشتهاة فوقعت يده على البنت ففرصها بشهوة يظن أنها زوجته حرمت عليه امرأته . والمحرمات بالرضاع كل من تحرم بالقرابة والصهرية لقوله تعالى - وأمّهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب » . والمحرمات بالجمع : لا يخل تارجل أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة لقوله تعالى - منى وثلاث ورباع - نص على الأربع فلا يجوز الزيادة عليهن .

وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ فَسَدَ نِكَاحُهُمَا ، وَلَوْ تَزَوَّجَ أُخْتَيْنِ فِي عَقْدَ تَيْنِ وَلَا يَدْرِي أَيُّهُمَا أُولَى فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ؛ وَإِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ لَا يَحْجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا وَلَا رَابِعَةً حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا ،

وروى « أن غيلان الديلمي أسلم ونحته عشر نسوة ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يمسك منهن أربعا ويفارق الباقي » ويستوى في ذلك الحرائر والإماء المنكوحات ، لأن النص لم يفصل . والجمع بين الإماء ملكا ووطئا حلال وإن كثرن ، قال تعالى - إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم - مطلقا من غير حصر خرج عنه الزوجات بما ذكرنا فبقى الإماء على الإطلاق . ولا يجمع العبد بين أكثر من اثنتين لأن الرق منصف فينتصف ملك النكاح أيضا إظهارا لشرف الحرية ، ولا يجوز الجمع بين الأختين نكاحا ولا بملك يمين ووطئا لقوله تعالى - وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف - وقال عليه الصلاة والسلام « من كان بوثن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين » ويجوز أن يجمع بينهما في الملك دون الوطء ، لأن المراد بالنص حرمة الوطء إجماعا ، فان كان له أمة قد وطئها فتزوج أختها جاز النكاح لصدوره من أهله وإضافته إلى محله ، ولا يبطأ الأمة لأن المنكوحة موطوءة حكما ، ولا يبطأ المنكوحة حتى يحرم الأمة عليه فاذا حرمها وطئ المنكوحة ، وإن لم يكن وطئ المملوكة وطئ المنكوحة وحرمت المنكوحة حتى يفارق المنكوحة قال (ولو تزوج أختين في عقد واحد فسد نكاحهما) لعدم أولوية جواز نكاح إحداهما (ولو تزوج أختين في عقدتين ولا يدرى أيتهما أولى فرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا) لأن نكاح إحداهما باطل بيقين ، ولا وجه إلى التيقن لعدم الأولوية ، ولهما نصف المهر بينهما بلهالة المستحقة فيشتركان فيه ، فان تزوجهما على التعاقب فسد النكاح الأخيرة ويفارقها ، وإن علم القاضي بذلك فرق بينهما (وإذا طلق امرأته لا يجوز أن يتزوج أختها ولا رابعة حتى تنقضي عدتها) وسواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا لبقاء نكاح الأولى من وجه بقاء العدة والنفقة والسكنى ، والفراش القائم في حق ثبوت النسب والمنع من الخروج والبروز والتزوج بزوجة آخر ، فتثبت الحرمة أخذًا بالاحتياط في باب الحرمة ، والمعتدة إذا لحقت بدار الحرب مرتدة يحل للزوج نكاح أختها وأربع سواها لسقوط أحكام الإسلام عنها ، وعدة أم الوالد إذا اعتقها مولاها تمنع نكاح أختها دون الأربع لأن فراشها قائم فيكون جامعا ماءه في رحم أختين وأنه حرام بالحديث ، وحرمة الأربعة ورد في النكاح ، وقالا : لا يمنع لأن له أن يتزوجها قبل العتق فكذا بعده ، لكن إذا عقد عليها لا يطؤها حتى تنقضي العدة . وجوابه أن فراشها قبل العتق ضعيف يقبل النقل إلى غيره بالنكاح وبعده لا فافترقا ، والعقد قائم

وَلَا يُجْمَعُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَعَمَّتِهَا أَوْ خَالَتِهَا ، وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْأُمَةِ عَلَى الْحُرَّةِ وَلَا مَعَهَا وَلَا فِي عِدَّتِهَا (سم) ، وَيَجُوزُ نِكَاحُ الْحُرَّةِ وَالْأُمَةِ عَلَى الْأُمَةِ وَمَعَهَا وَفِي عِدَّتِهَا ؛ وَيَجُوزُ لِلْحُرِّ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَرْبَعًا مِنَ الْإِمَاءِ ، وَيَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَةً مَعَ الْقُدْرَةِ عَلَى الْحُرَّةِ ؛ وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَةَ الْغَيْرِ وَلَا مُعْتَدَّتَهُ ، وَلَا يَتَزَوَّجُ حَامِلًا مِنْ غَيْرِهِ إِلَّا الزَّانِيَةَ (س ف) ، فَإِنْ فَعَلَ لَا يَطْوَئُهَا حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُمَّتَهُ وَلَا الْمَرْأَةَ عَبْدَهَا ؛

مقام الوطاء حتى يثبت النسب منه فلا يجوز . قال (ولا يجمع بين المرأة وعمتها أو خالتها) للحديث المشهور ، وهو قوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها ، فانكم إذا فعلتم ذلك فقد قطعتم أرحامهم » ، ويجوز أن يجمع بين امرأة وابنة زوج كان لها من قبله لأنه لا قرابة بينهما . (و) الحرّات بالتقديم (لا يجوز نكاح الأمة على الحرّة ولا معها ولا في عدتها ، ويجوز نكاح الحرّة والأمة على الأمة ومعها في عدتها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا تنكح الأمة على الحرّة وتنكح الحرّة عليها » وقال أبو يوسف ومحمد : يجوز نكاح الأمة في عدّة الحرّة من طلاق بائن لأنه ليس بنكاح عليها حتى لو حلف لا يتزوّج عليها لا ينقض بهذا . ولأبي حنيفة أن نكاح الحرّة قائم من وجه على ما بينا ، واليدين مبناها على المقصود وهو عدم المزاحمة في القسم وقد وجد ؛ ولو تزوّج في عقد واحد أربعا من الإماء وخمسا من الحرّات جاز نكاح الإماء خاصة ، لأنه لا يجوز نكاح واحدة من الحرّات لعدم الأولوية فيبطل نكاحهن فلم توجد المزاحمة (ويجوز للحرّ أن يتزوّج أربعا من الإماء) لأن قوله تعالى - ورباع - لا يفصل (ويجوز أن يتزوّج أمة مع القدرّة على الحرّة) لأن النصّوص لا تفصل ، وهي قوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم - وقوله سبحانه - فانكحوا ما طاب لكم من النساء - وغير ذلك . (و) الحرّات بتعلق حقّ الغير ف (لا يجوز أن يتزوّج زوجة الغير ولا معتدّته) قال عليه الصلاة والسلام « ملعون من سقى ماء ذرع غيره » ولأن ذلك يفضي إلى اشتباه الأنساب ، ولهذا لم يشرع الجمع بين الزوجين في امرأة واحدة في دين من الأديان . قال (ولا يتزوّج حاملا من غيره) لما ذكرنا (إلا الزانية ، فان فعل لا يطوّئها حتى تضع) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لما سبق من الحديث ، ولأنه حلّ محرّم حتى لا يجوز إسقاطه . ولما أن الامتناع لثلاث سقّى ماء ذرع غيره في ثابت النسب لحقّ صاحب الماء ولا حرمة للزاني فدخلت تحت قوله تعالى - وأحلّ لكم ما وراء ذلكم - فان كان الحمل ثابت النسب كالحامل من السيّ وحمل أم الولد من مولاهما ونحوه فالنكاح فاسد لما بينا . (و) الحرّات بالملك ف (لا يجوز أن يتزوّج أمة ولا المرأة عبدا) وملك بعض العبد في هذا كملك كله ، وكذا حقّ الملك

وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُتَجَوِّسِيَّاتِ وَالْوَثْنِيَّاتِ وَلَا وَطُوهُنٌ بِمَلِكٍ يَمِينٍ ، وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ وَالصَّابِئِيَّاتِ (سم) . وَالزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَلِكَ الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا .

كَمَلُوكِ الْمَكَاتِبِ وَالْمَأْدُونِ ، لِأَنَّ مَلِكَ الْيَمِينِ أَقْوَى مِنْ مَلِكِ النِّكَاحِ فَلَا فَائِدَةَ فِي إِثْبَاتِ الْأَضْعَفِ مَعَ ثُبُوتِ الْأَقْوَى ، وَلِأَنَّ مَلِكَ النِّكَاحِ يُوجِبُ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ عَلَى الْآخَرِ حَقُّوْقًا ، وَالرَّقَّ يَنْفَى ذَلِكَ . (و) الْحَرَمَاتُ بِالْكَفْرِ (لَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُجْبُوسِيَّاتِ وَالْوَثْنِيَّاتِ وَلَا وَطُوهُنٌ بِمَلِكٍ يَمِينٍ) قَالَ تَعَالَى - وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرَكَاتِ حَتَّى يُؤْمَنَ - وَقَالَ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ « سَنُوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الْكِتَابِ غَيْرَ نَاكِحِي نَسَائِهِمْ وَلَا آكِلِي ذَبَائِحِهِمْ » (وَيَجُوزُ تَزْوِيجُ الْكِتَابِيَّاتِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ - وَالذَّمِيَّةُ وَالْحَرَبِيَّةُ سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ النَّصِّ ، وَالْأُمَّةُ وَالْحَرَّةُ سَوَاءٌ لِإِطْلَاقِ الْمُقْتَضَى . (و) يَجُوزُ نِكَاحُ (الصَّابِئِيَّاتِ) عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لِهَمَّا ، وَعَلَى هَذَا حَلَّ ذَبَائِحِهِمْ . وَهَذَا بِنَاءٌ عَلَى اشْتِبَاهِ مَذْهَبِهِمْ ، فَعِنْدَهُ هُمُ أَهْلُ كِتَابٍ يَعْظُمُونَ الْكُوَاكِبَ وَلَا يَعْبُدُونَهَا فَصَارُوا كَالْكِتَابِيَّاتِ ، وَعِنْدَهُمَا يَعْبُدُونَ الْكُوَاكِبَ وَلَيْسُوا أَهْلُ كِتَابٍ . وَالْمَحْرَمَاتُ بِالطَّلُوقَاتِ الثَّلَاثِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدِ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ - وَعَلَيْهِ الْإِجْمَاعُ . قَالَ (وَالزَّنا يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ) فَمَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ أَوْ وَطَّئَهَا بِشَبْهَةِ حُرْمَتِهَا عَلَيْهِ أَصُولُهَا وَفُرُوعُهَا ، وَتَحْرُمُ الْمَوْطُوءَةُ عَلَى أَصُولِ الْوَاطِئِ وَفُرُوعِهِ (وَكَذَا الْمَسُّ بِشَهْوَةٍ مِنَ الْجَانِبَيْنِ وَالنَّظَرُ إِلَى الْفَرْجِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ أَيْضًا) وَالْمُعْتَبَرُ النَّظَرُ إِلَى فَرْجِهَا الْبَاطِنِ دُونَ الظَّاهِرِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي يُوسُفَ وَهُوَ الصَّحِيحُ . وَحَكَى الطَّحَاوِيُّ إِجْمَاعَ السَّلَفِ فِي أَنَّ التَّقْبِيلَ وَالْمَسَّ عَنْ شَهْوَةٍ يُوجِبُ حُرْمَةَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ - وَالْحَمْلُ عَلَى الْوُطْءِ أَوَّلَى لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ النِّكَاحَ حَقِيقَةٌ هُوَ الْوُطْءُ ، أَوْ لِأَنَّهُ أَعْمٌ فَكَانَ الْحَمْلُ عَلَيْهِ أَوَّلَى وَأَعْمٌ فَائِدَةٌ ، فَيَصِيرُ مَعْنَى الْآيَةِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ : وَلَا تَعْلُشُوا مَا وَطَّئَ آبَاؤُكُمْ مُطْلَقًا ، فَيَدْخُلُ فِيهِ النِّكَاحُ وَالسَّفَاحُ ، وَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ زَنَى بِامْرَأَةٍ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَبَنَاتُهَا » وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرَأَةٍ بِشَهْوَةٍ أَوْ لَمَسَهَا بِشَهْوَةٍ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا وَحُرِّمَتْ عَلَى ابْنِهِ وَأُخُوهُ » وَإِذَا ثَبَتَ هَذَا الْحُكْمُ فِي مَوْطُوءَةِ الْأَبِ ثَبَتَ فِي مَوْطُوءَةِ الْإِبْنِ وَفِي وَطْءِ أُمِّ امْرَأَتِهِ وَسَائِرِ مَا يَثْبِتُ بِحُرْمَةِ الْمُصَاهَرَةِ بِالنِّكَاحِ لِأَنَّ أَحَدًا لَمْ يَفْصَلْ بَيْنَهُمَا ، وَلِأَنَّ الْوُطْءَ سَبَبٌ لِلْعِزَّةِ بِوَسْطَةِ الْوُلْدِ . وَلِهَذَا يُضَافُ إِلَيْهَا كَمَا يُضَافُ إِلَيْهِ ، وَالِاسْتِمْتَاعُ بِالْجِزْءِ حَرَامٌ ، وَالْمَسُّ وَالنَّظَرُ دَاعٍ إِلَى الْوُطْءِ فَيُقَامُ مَقَامُهُ احْتِيَاطًا لِلْحُرْمَةِ . وَكَانَ الشَّيْخُ أَبُو الْحَسَنِ الْكَرْخِيُّ يَقُولُ : إِنْ الْمُرَادُ مِنْ قَوْلِهِ - وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ - الْوُطْءُ دُونَ الْعَقْدِ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي الْوُطْءِ ، وَلَمْ يَرُدَّ بِهِ الْعَقْدُ لِاسْتِحَالَةِ

وَمَنْ جَمَعَ بَيْنَ امْرَأَتَيْنِ إِحْدَاهُمَا لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ؛ وَيَحْزُوزُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الْمُحْرِمُ حَالَةَ الْإِحْرَامِ ؛ وَنِكَاحُ الْمُتَعَةِ وَالنِّكَاحُ الْمُؤَقَّتُ (ز) بَاطِلٌ .

كون اللفظ الواحد حقيقة ومجازا في حالة واحدة ، والتحريم بالعقد ثبت بغير هذه الآية . وحدث الشهوة أن تنتشر آله بالنظر والمس ، وإن كانت منتشرة فتزداد شدة ، والمحبوب والعين يتحرك قلبه بالاشتهاء ، أو يزداد اشتها ، ولو مسها وعليه ثوب إن منع وصول حرارتها إلى يده لانتبت الحرمة ، وإن لم تمنع تثبت ؛ ولو أخذ يدها ليقبلها بشهوة فلم يفعل حرمت (١) على ابنه ؛ ولومس شعرا امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وبنتها لأنه من أجزاء بدنهما . قال أبو حنيفة : إذا جامع صغيرة لا يجامع مثلها فأفضاها لا تحرم عليه أمها . وقال أبو يوسف : تحرم ، ولو كانت ممن يجامع مثلها حرمت عليه أمها بالإجماع . لأن يوسف أنه وطن في قبل فتحرم كوطء الكبيرة . ولهما أنه ليس بسبب للولد فصار كاللواطة ، أما الكبيرة فيحتمل العلق . قال (ومن جمع بين امرأتين إحداهما لا يحل له نكاحها صح نكاح الأخرى) معناه : إذا تزوجهما في عقد واحد ، لأنه لا مانع من نكاح الأخرى لاختصاص المبطّل بتلك . قال (ويحوز أن يتزوج المحرم حالة الإحرام) لأن النبي عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو محرم . والمحظور الوطء ودواعيه ، لا العقد ، وهو محمل ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن ينكح المحرم . قال (ونكاح المتعة والنكاح المؤقت باطل) أما المتعة فللقوله تعالى - فن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون - وهذه ليست مملوكة ولا زوجة . أما المملوكة فظاهر ، وأما الزوجة فلعدم أحكام الزوجية من الإرث وانقطاع الحل بغير طلاق ولا مانع ، وقد صح عن علي رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام حرّم يوم خيبر متعة النساء ولحوم الحمر الأهلية » وما روى في إباحتها ثبت نسخه بإجماع الصحابة ، وصح أن ابن عباس رجع إلى قولهم . وأما النكاح المؤقت فلأنه أتى بمعنى المتعة والعبرة للمعاني ، وسواء طالت المدة أو قصرت ، لأن التأقيت هو المبطّل وهو الغلب لجهة المتعة . وصورة نكاح المتعة أن يقول الرجل لامرأة : متمني نفسك بكذا من الدراهم مدة كذا ، فتقول له : متمنك نفسي ، أو يقول : أتمتع بك ، ولا بد من لفظ التمتع فيه . وأما المؤقت فإن يتزوجها بشهادة شاهدين مدة معلومة . وقال زفر : النكاح المؤقت صحيح ويبطل التأقيت ، لأن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد ، وجوابه مأمّر .

(١) قوله حرمت : أي بمجرد اللبس اه .

وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةُ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا ، أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرُهَا فَأُجَازَتْ (م) .

فصل

(وعِبَارَةُ النِّسَاءِ مُعْتَبَرَةٌ فِي النِّكَاحِ حَتَّى لَوْ زَوَّجَتْ الْحُرَّةُ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةُ نَفْسَهَا جَازًا ، وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّجَتْ غَيْرَهَا بِالْوِلَايَةِ أَوْ الْوَكَالَةِ ، وَكَذَا إِذَا وَكَلَّتْ غَيْرَهَا فِي تَزْوِيجِهَا أَوْ زَوَّجَهَا غَيْرَهَا فَأُجَازَتْ) وهذا قول أبي حنيفة وزفر والحسن ، وظاهر الرواية عن أبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز إلا بإجازة الولي ، فان ماتا قبلها لا يتوارثان ولا يقع طلاقه ولاظهاره ووطؤه حرام ، فان امتنع الولي من الإجازة ذكر الطحاوي عن محمد يحدد القاضي العقد بينهما . وذكر هشام عن محمد فإن لم يجزه الولي أجيزه أنا ، وكان يومئذ قاضيا فصار عنه روايتان . وروى عنه أنه رجع إلى قول أبي حنيفة قبل موته بسبعة أيام . وحكى الفقيه أبو جعفر الهندواني : أن امرأة جاءت إلى محمد قبل موته بثلاثة أيام وقالت : إن لي وليا وهو لا يزوجني إلا بعد أن يأخذ مني مالا كثيرا ، فقال لها محمد : اذهبي فزوجي نفسك ، وهذا يؤيد ما روى من رجوعه . وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول مثل قول محمد الأول . وفي رواية إن زوّجت نفسها من كفاء لا يتوقف ، وإن كان من غير كفاء يتوقف على إجازة الولي . وجه عدم الجواز ما روت عائشة عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « إنما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل » وقوله عليه الصلاة والسلام « لا نكاح إلا بولي » ، ولأنها كانت موليا عليها قبل البلوغ في حق العقد والنفاذ لعدم رأيها ، فلو زال إنما يزول بما حدث لها من الرأي والعقل بالبلوغ ، وإنما حدث لها رأى وعقل ناقص ، ومن لم يحدث له رأى أصلا كمن بلغ مجنوننا لا تزول عنه الولاية أصلا ، ومن حدث له عقل كامل ورأى وافر كالرجل تزول ولايته أصلا ، فاذا حدث الناقص فكأنه حدث من وجه دون وجه فثبتت لها إحدى الولايتين وهو الانعقاد دون النفاذ عملا بالشبهين ، ووجه الفسخ إذا لم يجز الولي أن النكاح إلى الأولياء بالحديث فيتوقف على إجازته ويرتدّ برده كما إذا عقد وتوقف على إجازتها ، فاذا بطل يحدد القاضي النكاح . ووجه رواية هشام أنه عقد صدر من المالك وتوقف على إجازة صاحب الحق فلا يفسخ برده كالراهن إذا باع الرهن ورده المرتهن فانه لا يفسخ البيع حتى لو سبر المشتري إلى حين انفكاك الرهن نفذ ، وإذا بقي العقد أجازه القاضي إن امتنع الولي لظلمه بخلاف ما ذكر من المسئلة لأن المرأة هي المالكة فتبطل بردها كما إذا باع المرتهن

ورد الراهن . وجه قول أبي حنيفة قوله تعالى - حتى تنكح زوجا غيره - وقال تعالى - فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن - بالمعروف - وفي آية أخرى - من معروف - أضاف النكاح والفعل إليهن ، وذلك يدل على صحة عبارتهن ونفاذا لها لأنه أضافه إليهن على سبيل الاستقلال إذ لم يذكر معها غيرها ، وهي إذا زوجت نفسها من كفء بمهر المثل فقد فعلت في نفسها بالمعروف فلا جناح على الأولياء في ذلك . وروى ابن عباس « أن فتاة جاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا نبي الله إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة ، فقال لها : أجزى ما صنع أبوك ، فقالت : لارغبة لي فيما صنع أبي ، قال : فاذهبي فانكحي من شئت ، فقالت : لارغبة لي عما صنع أبي يا رسول الله ولكني أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء من أمور بناتهم شيء » والاستدلال به من وجوه : أحدها قوله عليه الصلاة والسلام « فانكحي من شئت » . الثاني قولها ذلك ولم ينكر عليها فعلم أنه ثابت إذ لو لم يكن ثابتا لما سكت عنه . الثالث قوله « أجزى ما صنع أبوك » يدل على أن عقده غير نافذ عليها ، وفيه دليل لأصحابنا على أن العقد يتوقف أيضا . وفي البخاري « أن خنساء بنت جزام أنكحها أبوها وهي كارهة فردّه النبي عليه الصلاة والسلام » وروى أن امرأة زوجت بنتها برضاها ، فجاء الأولياء وخصموها إلى علي رضي الله عنه ، فأجاز النكاح . وهذا دليل الانعقاد بعبرة النساء ، وأنه أجاز النكاح بغيرولي لأنهم كانوا غائبين لأنها تصرفت في خالص حقها ولا ضرر فيه لغيرها ، فينفذ كتصرفها في مالها والولاية في النكاح أسرع ثبوتها منها في المال ، ولهذا يثبت لغير الأب والجد ولا يثبت لهم في المال ولأن النكاح خالص حقها حتى يجبر الولي عليه عند طلبها وبذلك لها ، وهي أهل لاستيفاء حقوقها . إلا أن الكفاءة حق الأولياء فلا تقدر على إسقاط حقهم . وأما ما ذكر من الأحاديث فعارضة بما رويناهما أن يرجع إلى القياس وهو لنا على المال والرجل أو يوفق بين الحديتين فيحمل ما رويناه على الحرية العاقلة البالغة ، وما رويتموه على الأمة توفيقا ، كيف قد ورد في بعض الروايات « أيما أمة نكحت نفسها » فيحمل المطلق على المقيد ويرجح الترجيح معنا . لأن ما ذكرناه سالم عن الطعن وما رواه مطعون فيه ، فقد حكى عن أبي العباس المروزي قال : سمعت يحيى بن معين يقول : ثلاثة أحاديث لم تثبت عن النبي عليه الصلاة والسلام « كل مسكر حرام » ومن مس ذكره قليتوضا ، ولا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل » ووافقه على ذلك أحمد بن حنبل وإسحق بن راهويه ، على أنا نقول : المرأة ولية نفسها فلا يكون نكاحا بلا ولي فلم قلتم إنها ليست وليا ؟ ولو قلتم ذلك استغنيتم عن الحديث ، وكذا الحديث الآخر فإنه من رواية سليمان بن يسار عن الزهري وهو ضعيف

ولا إيجاباً على البكر البالغة في النكاح . والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت ، ولو ضحكك فهو إذن ، ولو بككت إن كان بغير صوت فهو رضا ،

ضعفه البخاري وأسقط روايته . وروى أن مالكا وابن جريج سألا الزهري عن هذا الحديث فلم يعرفه ، والراوى إذا أنكر الخبر دلّ على بطلانه كالأصول مع الفروع ، ولأن من مذهب عائشة رضي الله عنها جواز النكاح بعبارة النساء ، فإنها زوجت بنت أخيها عبدالرحمن حين غاب بالشام ، دلّ ذلك على عدم صحة الحديث وروايتها له أو على نسخه أو على رجحان ما ذكرنا ، وقوله الحادث لها رأى ناقص ، قلنا المعتبر في باب الولاية مطلق العقل والبلوغ دون الزيادة والنقصان ، فإن الناس يتفاوتون في الرأى والعقل تفاوتاً فاحشاً ، ولا اعتبار به في باب الولاية ، فإن كامل العقل والرأى ولايته على نفسه وماله كولاية ناقصهما ، وكمن من النساء من يكون أوفر عقلاً وأشدّ رأياً من كثير من الرجال ، ولأن في اعتبار ذلك حرجاً عظيماً وهو حرج التمييز بين الناس ، فعلم أن المعتبر أصل البلوغ والعقل وقد وجدا في المرأة ، فيترتب عليهما ما يترتب عليهما في الرجل قياساً على المال . قال ، ولا إيجاب على البكر البالغة في النكاح (لقوله عليه الصلاة والسلام « البكر تستأمر في نفسها فإن صمتت فهو إذن » ، وإن أبت فلا جواز عليها » وقال عليه الصلاة والسلام « شاوروا النساء في أبضاعهن ، قالت عائشة : يا رسول الله إن البكر لتستحي ، قال : إذن صماتها » (والسنة للولي أن يستأمر البكر قبل النكاح ويذكر لها الزوج فيقول : إن فلانا يخطبك أو يذكرك ، فإذا سكنت فقد رضيت) لما روينا ، فإذا زوجها من غير استئثار فقد أخطأ السنة ، فقد صحّ « أنه صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يزوّج فاطمة من عليّ رضي الله عنهما دنا إلى خدرها فقال : إن علياً يذكرك ثم خرج فزوّجها » (ولو ضحكك فهو إذن) لأنه دليل الرضا ، إلا إذا كان على وجه الاستهزاء (ولو بككت) فيه روايتان لأنه يكون عن سرور وعن حزن ، والمختار (إن كان بغير صوت فهو رضا) ويكون بكاء على فراق الأهل وكذا لو زوّجها بغير إذن ثم بلغها ، يعتبر السكوت كما ذكرنا والبلوغ إليها أن يرسل إليها وليها رسولاً يخبرها بذلك عدلاً كان أو غير عدل . فإن أخبرها فضولى فلا بدّ من العدد أو العدالة ، لأنه خبر يشبه الشهادة من وجه فيشترط أحد وصفي الشهادة . وعندهما لا يشترط ذلك لأنه خبر كسائر الأخبار ، وإن قال الولي : أزوّجك من فلان أو فلان فسكنت فأيهما زوّجها جاز ؛ ولو سمي جماعة إن كانوا يحصون فهو رضا ، وإلا لا يكون رضا ؛ ولو استأمرها فقالت غيره أحبّ إلىّ منه لا يكون إذن ؛ ولو قالت ذلك بعد العقد يكون إذن

وَلَوْ اسْتَأْذَنَهَا غَيْرُ الْوَلِيِّ فَلَا بُدَّ مِنَ الْقَوْلِ ، وَإِذْنُ الثَّيِّبِ بِالْقَوْلِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَذْكُرَ لَهَا الزَّوْجُ بِمَا تَعْرِفُهُ ، فَإِنْ زَالَتْ بَكَارَتُهَا بِوُثْبَةٍ أَوْ جِرَاحَةٍ أَوْ تَعْنِيسٍ أَوْ حَيْضٍ فَهِيَ بِكَرٍّ ، وَكَذَلِكَ إِنْ زَالَتْ بِزِنَا (سَم) ، وَلَوْ قَالَ الزَّوْجُ : بَلَّغَكَ النِّكَاحُ فَسَكَتَ ، فَقَالَتْ : بَلْ رَدَدْتُ فَاَلْقَوْلُ قَوْلُهَا وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سَم) ،

لأنه كلام يحتمل الإذن وعدمه فلا تثبت الإذن قبل العقد بالشك ولا ينطل العقد بالشك (ولو استأذنها غير الولي فلا بد من القول) لأن السكوت إنما جعل رضا عند الحاجة وهو استئذان الولي وعجزها عن المباشرة فلا يقاس عليه عدم الحاجة وهو من لا يملك العقد ولا التفات إلى كلامه . قال (وإذن الثيب بالقول) قال عليه الصلاة والسلام « الثيب تستأمر » أى يطلب أمرها والأمر بالقول . وقال في حق البكر « تستأذن » أى يطلب الإذن منها ، والإذن والرضا يكون بالسكوت . وقال عليه الصلاة والسلام « والثيب يعرب عنها لسانها » ولأن السكوت إنما جعل لإذنا لمكان الحياء المسانع من النطق المختص بالأبكار ، ويكون فيهن أكثر فلا يقاس عليها الثيب . قال (وينبغي أن يذكر لها الزوج بما تعرفه) لعدم تحقق الرضا بالجهول . وقال بعضهم : يشترط تسمية قدر الصداق أيضا لاختلاف الرغبات باختلافه . قال (فإن زالت بكارتها بوثبة أو جراحة أو تعنيس أو حيض فهي بكر) لأنها في حكم الأبكار حتى تدخل تحت الوصية لهم بالإجماع ومصيبها أو مصيب (وكذلك إن زالت بزنا) عند أبي حنيفة ، وقالوا : تزوج كما تزوج الثيب لأن مصيبها عائد إليها إذ هو من الثوب وهو العود مرة بعد أخرى ، وله أنه لو اشترط نطقها فإن لم تنطق نفوتها مصلحة النكاح ، وإن نطقت والناس يعرفونها بكرا فتتضرر بأشهار الزنا عنها فيكون حياؤها أكثر فتتضرر على كل حال ، فوجب أن لا يشترط دفعا للضرر عنها حتى لو كانت مشهورة بذلك بأن أقيم عليها الحد أو اعتادته وتكرر منها ، أو قضى عليها بالعدة تستنطق بالإجماع لزوال الحياء وعدم التضرر بالنطق ؛ ولو مات زوج البكر أو طلقها قبل الدخول تزوج كالأبكار لبقاء البكارة والحياء (ولو قال الزوج : بلغك النكاح فسكت ، فقالت : بل رددت فاقول قولها) لأنها منكورة تملك بضعها والبيئة بينته لأنه يدعيه (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد مر في الدعوى ، ولو ادعت رد النكاح حين أدركت وادعى الزوج السكوت فاقول قوله لأنه منكر زوال ملكه عنها ؛ وإن زوجت نفسها وزوجها أو برضاها فأيهما قالت هو الأول صح لصحة إقرارها على نفسها دون إقرار الأب ؛ وإن قامت لأدري لم يثبت واحد منهما لعدم إمكان الجمع وعدم أولوية أحدهما ؛ ولو تزوجها على أنها بكر فوجدتها ثيبا يجب جميع المهر لأن البكارة لا تصير مستحقة بالنكاح ؛ ولو تزوجها وليها

وَيَجُوزُ لِلْوَلِيِّ لِنِكَاحِ الصَّغِيرِ وَالصَّغِيرَةِ وَالْمَجْنُونَةِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمَرْجُوعُ أَبًا
لَوْ جَدًّا فَلَا خِيَارَ لَهُمَا بَعْدَ الْبُلُوغِ ، وَإِنْ زَوَّجَهُمَا غَيْرُهُمَا فَلَهُمَا الْخِيَارُ (س) .

فبلغها فردت ، ثم قال لها إن جماعة يخاطبونك فقالت أنا راضية بما تفعل فزوجهما الأول
لا يجوز ، لأن قولها أنا راضية بما تفعل ينصرف إلى غيره دلالة ؛ ومثله لو قال لرجل كرهت
صحة فلانة فطلقها فزوجني امرأة ، فزوجه تلك المرأة لا يجوز ؛ وكذلك لو باع عبده
ثم أمر إنسانا أن يشتري له عبدا فاشترى ذلك العبد لا يجوز . قال (ويجوز للولي إنكاح
للصغير والصغيرة والمجنونة) لقوه عليه الصلاة والسلام « ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء
ولا يزوجن إلا من الأكفاء » وقال عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » والبالغات
خرجن بما سبق من الأحاديث فبقى الصغار « والنيّ عليه الصلاة والسلام تزوّج عائشة رضي
الله عنها وهي بنت سبع سنين وبني بها وهي بنت تسع » وعلى رضي الله عنه زوّج ابنته
أم كلثوم من عمر وهي صغيرة ، ولأن النكاح يتضمن المصالح وذلك يكون بين المتكافئين
والكفاء لا يتفق في كل وقت ، فست الحاجة إلى إثبات الولاية على الصغار تحصيلًا للمصلحة
وإعدادًا للكفاء إلى وقت الحاجة ، والقرابة موجبة للنظر والشفقة فينتظم الجميع ، إلا أن
شفقة الأب والجد أكثر فيكون عقدهما لازما لا خيار فيه ، وشفقة غيره لمن قصرت
عنهما قلنا بالانقضاء وثبوت الخيار عند البلوغ ، فان رآه غير مصلحة فسخه (ثم إن كان
المرجوع أبًا أو جدًّا فلا خيار لهما بعد البلوغ) لو فور شفقتهم وشدة حرصهما على نفهم
فكأنهم باشره بأنفسهم ، ولأن النبي صلى الله عليه وسلم ما خير عائشة رضي الله عنها
حين بلغت (وإن زوجهما غيرها فلهما الخيار) إن شاء أقاما على النكاح ، وإن شاء فسخا
وقال أبو يوسف : لا خيار لهما كالأب والجد . وجوابه ما ذكرنا من قصور شفقتهم عن
شفقة الأب والجد ، وذلك مظنة وقوع الخلل في المقصود من النكاح فيثبت الخيار لدفع
الخلل لو كان ، ثم سكوت البكر عند بلوغها رضا إذا علمت بالنكاح ، ولا يمتدّ إلى آخر
المجلس كما في الابتداء ، ولو بلغت بعد الدخول فلا بد من القول والتصريح بالرضا أو بالرد
لأنها ثبتت كما في الابتداء وكذا الغلام ، ولا بدّ في الفسخ من القضاء لأن العقد قد تمّ
وثبتت أحكامه فلا يرتفع إلا برفع من له ولاية وهو القاضي أو بتراضيهما ، ولأنه لرفع
ضرر خفيّ وهو وقوع الخلل في العقد فيكون إلزاما فاحتاج إلى القضاء ، ويشمل الذكر
والأنثى لشمول المعنى لهما ، ويشترط علمهما بالنكاح دون الحكم لأن العقد ينفرد به الولي
فيعذران في الجهل . أما الحكم فالدار دار الإسلام فلا عذر في الجهل ، بخلاف خيار العتق
حيث لا يحتاج إلى القضاء لأنه دفع ضرر ظاهر وهو زيادة الملك ويقتصر على الأنثى ، لأن
زيادة الملك في حقها دونه ويمتدّ إلى آخر المجلس لأنه جواب التعليل قال عليه الصلاة والسلام

وَلَا خِيَارَ لِأَحَدٍ الزَّوْجَيْنِ فِي عَيْبٍ إِلَّا فِي الْحَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْحِصَاءِ ، وَالْوَلِيِّ الْعَصْبَةِ عَلَى تَرْتِيبِهِمْ فِي الْإِرْثِ وَالْحَجْبِ ثُمَّ مَوْلَى الْعَتَاقَةِ . وَلِلْأُمِّ وَأَقَارِبِهَا التَّزْوِيجُ ، ثُمَّ مَوْلَى الْمُوَالَاةِ ، ثُمَّ الْقَاضِي (سم) ؛

« ملكت بضعتك فاختارى » وتعذر في الجهل بحكم الخيار لأنها مشغولة بخدمة المولى فلا تتفرغ للعلم ، وإذا اختارت الفسخ في خيار البلوغ ففرق القاضي فهي فرقة بغير طلاق ، ولأنه فسخ ثبت ضرورة دفع الزوم فلا يكون طلاقا ولهذا ثبت لها ولا مهر لها إن كان قبل للدخول لأن المراد من الفسخ رفع مثنوات العقد ، وإن كان بعد الدخول فلها المسمى لأنه استوفى المفقود عليه ، وكذا لو اختار الغلام قبل الدخول لا مهر عليه ، وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه إلا هذه (١) . والوجه فيه أنه لو وجب المهر لما كان في الخيار فائدة لأنه قادر على الفرقة بالطلاق ، فلما ثبت الخيار علمنا أنه ثبت لفائدة وهي سقوط المهر ؛ ولو مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده قبل التفريق ورثه الآخر لصحة العقد وثبوت الملك به وقد انتهى بالموت (ولا خيار لأحد الزوجين في عيب إلا في الحب والعنة والحصاء) على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى . قال (والولى العصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام « النكاح إلى العصبات » وهم (على ترتيبهم في الإرث والحجب ثم مولى العتاقة) لأنه آخر العصبات على ما عرف في الفرائض . قال (وللأم وأقاربها التزويج ، ثم مولى الموالاته ، ثم القاضي) أما الأم وأقاربها فذهب أبي حنيفة ، وروى عنه وهو قولهما ليس لهم ذلك لما روينا . ولأن الولاية تثبت دفعا للعار بعدم الكف . وذلك إلى العصبات لأنهم هم الذين يعيرون بذلك . ولأبي حنيفة أن الأصل في هذه الولاية إنما هو القرابة الداعية إلى الشفقة والنظر في حق المولى عليه ، وذلك يتحقق في كل من هو مختص بالقرابة وشفقة الأم أكثر من شفقة غيرها من الأبعد من أبناء الأعمام ، وكذلك شفقة الجد لأم والأخوال . ولأن الأم أحد الأبوين فتثبت الولاية لها كالأخر ، وهو مروي عن علي

(١) يرد على هذه القاعدة ما لو تزوج مكاتبه وجعل مهرها جارية ، ثم تزوج الأمة التي جعلت مهرها ، ثم طلق المكاتبه قبل الدخول فانه يفسخ العقد في الجارية لعود ملك نصف الجارية إلى ملكه ، فانه يصدق أن الفرقة جاءت من قبله بالطلاق مع أن مهر الجارية عليه ويرد عليه أيضا ما لو تزوج أمة ثم اشتراها فانه يفسخ العقد لدخول الجارية في ملكه . فصدق أن الفرقة جاءت من قبله بسبب الشراء مع أن مهر الجارية عليه . ويمكن الجواب بأن مراد الشارح يكون الفرقة من قبله أن تكون من قبله قصدا . والفرقة في هاتين المثلتين ليست من قبله قصدا بل في ضمن الطلاق في المسئلة الأولى ، وفي ضمن الشراء في المسئلة الثانية . كذا بهامش نسخة مخطوطة .

ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة ، وابن المجنونة يقدم على أبيها (م) : وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكف الخاطب حضوره زوجها الأبعد (ز) ،

وابن مسعود رضى الله عنهما . والأصل أن كل قرابة يتعلق بها الوارث يتعلق بها ثبوت الولاية لأنها داعية إلى الشفقة والنظر كالعصبات إلا أنهم تأخروا عن العصبات لضعف الرأى وبعد القرابة كما في الإرث ، وأما الحديث فإنه يقتضى النكاح إلى العصبات عند وجودهم ، أما عند عدمهم فالحديث ساكت عنه فنقول : ينتقل إلى ما هو في معنى العصبات في الشفقة فلا يكون حجة علينا بل لنا ، وتمامه يعرف في الفرائض في فصل ذوى الأرحام . وأما مولى العتاقة فلائنه وارث موخر عن ذوى الأرحام فكذا في الولاية ولأنه عصبة على ما عرف في الفرائض . وأما القاضى فلقوله عليه الصلاة والسلام « السلطان ولى من لا ولى له » . قال (ولا ولاية لعبد ولا صغير ولا مجنون ولا كافر على مسلمة) أما العبد فلائنه لا ولاية له على نفسه فكيف بلى غيره ؟ وكلنا الصبي والمجنون لأنهما لا نظر لهما ولا خبرة وهذه ولاية نظرية وأما الكافر فإن الولاية تقتضى نفوذ قول الولي على المولى عليه ، ولا نفاذ لقول الكافر على المسلم كما في الشهادة ، قال الله تعالى - ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا - وثبتت له الولاية على ولده الكافر ، قال تعالى - والذين كفروا بعضهم أولياء بعض - ولهذا تقبل شهادة بعضهم على بعض . قال (وابن المجنونة يقدم على أبيها) في ولاية النكاح . وقال محمد : يقدم الأب لأنه أشفق ولهما أن التقديم هنا بالعصوبة والابن مقدم في العصوبة كما في الإرث . قال (وإذا غاب الولي الأقرب غيبة منقطعة لا ينتظر الكف الخاطب حضوره زوجها الأبعد) واختلفوا في الغيبة المنقطعة ، فعن أبى يوسف مسيرة شهر ، وعن محمد من الكوفة إلى الرى خمس عشرة مرحلة ، وعنه من بغداد إلى الرى عشرون مرحلة . وفصل ابن شجاع ذلك فقال : إذا كان في موضع لا تصل إليه القوافل والرسل في السنة إلا مرة واحدة فهى غيبة منقطعة . قال القدورى : وهذا صحيح لأن الخاطب لا ينتظر سنة ولا يعلم هل يجيب الولي أم لا ، وقد ينتظر بعض السنة فلذلك قدره بهذا . وقال زفر : إذا كان في مكان لا يدرى أين هو فهو غيبة منقطعة وهذا حسن لأنه إذا كان لا يدرى أين هو لا يمكن استطلاع رأيه فتفوت المصلحة ، وقيل ثلاثة أيام ، والمختار ما ذكره في الكتاب لأنه تفوت المصلحة باستطلاع رأيه وانتظاره . وقال زفر : لا يزوجه الأبعد لأن ولاية الأقرب قائمة حتى لو زوجها حيث هو جاز . ولنا أنه لو لم ينتقل إلى الأبعد تنضرر الصغيرة لأنه يفوت الكف الحاضر وقد لا يتفق الكف مرة أخرى فوجب أن ينتقل دفعا لهذا الضرر ، ولأن الغائب عاجز عن تدبير مصالح النكاح فيفوت مقصود الولاية لأنها نظرية

وَلَوْ زَوَّجَهَا وَلَيَّانَ فَالْأَوَّلُ أَوَّلَى ، وَإِنْ كَانَ مَعَ بَطْلًا ، وَيَجُوزُ لِلأَبِ وَالْجَدِّ أَنْ يَزُوجَ ابْنَهُ بِأَكْثَرِ مِنْ مَهْرٍ الْمِثْلِ وَابْنَتَهُ بِأَقْلَ (سم) ، وَمِنْ غَيْرِ كَفَاءٍ ، وَلَا يَجُوزُ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا ، وَالْوَاحِدُ يَتَوَلَّى طَرَفِي الْعَقْدِ وَلَيًّا كَانَ أَوْ وَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَوَكِيلاً أَوْ أَصِيلاً وَوَكِيلاً ، أَوْ وَلِيًّا وَأَصِيلاً .

ولا نظر في ذلك . وأما إذا زَوَّجَهَا ففيه روايتان ، قيل لا يجوز لانقطاع ولايته ، وقيل يجوز لظهور الانتفاع برأيه ، ولأننا إنما أسقطنا ولايته دفعا للضرر عن الصغيرة ، فإذا زَوَّجَهَا ارتفع الضرر فعادت الولاية بعد ارتفاعها ، ولا ينتقل إلى السلطان لأنه ولي من لاوئ له بالحديث . وهذه لها أولياء إذ الكلام فيه . قال (ولو زوجها وليان فالأول أولى) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا أنكح الوليان فالأول أولى » ولأنه لما سبق فقد صَحَّ فلا يجوز نكاح الثاني ، وهذا لأن سبب الولاية القرابة وهي لا تتجزى ، والحكم الثابت به أيضا لا يتجزى فصار كل واحد منهما كالمنفرد فأيهما عقد جاز كالأمان (وإن كانا معا بطلا) لتعذر الجمع وعدم أولوية أحدهما . قال (ويجوز للأب والجد أن يزوج ابنه بأكثر من مهر المثل وابنته بأقل ومن غير كفء ، ولا يجوز ذلك لغيرهما) وقالوا : لا يجوز ذلك للأب والجد أيضا إلا أن يكون نقصانا يتغابن في مثله ، ولا ينعقد العقد عندهما لأن هذه الولاية نظرية ولا نظر في ذلك ، ولهذا لا يجوز ذلك في المال . ولأبي حنيفة أن النكاح عقد عمر ، وهو يشتمل على مقاصد وأغراض ومصالح باطنه . فالظاهر أن الأب مع وفور شفقته وكمال رأيه ما أقدم على هذا النقص إلا لمصلحة تربو وتزيد عليه هي أنفع من القدر الفائت من المال والكفاءة ، بخلاف المال لأن المقصود المالية لا غير . وبخلاف غير الأب والجد لأنهم أنقص شفقة ، وبخلاف ما إذا زَوَّجَ أمة الصغير لعدم الجابر في حقه لأن مقاصد النكاح لم تحصل للصغير ، وبخلاف ما إذا تزوجت المرأة وقصرت في مهرها حيث للأولياء الاعتراض عليها عنده حتى يتم لها مهر مثلها أو يفارقها لأنها سريعة الانخداع ضعيفة الرأي ، فتفعل ذلك متابعة للهوى لا لتحصيل المقاصد ، لأن النساء قلما ينظرن في عواقب الأمور ومصالحها . وقال أبو يوسف ومحمد : لا اعتراض عليها لأن المهر حقها ، ولهذا كان لها أن تهيه فلأن تنقصه أولى . ولأبي حنيفة أن المهر إلى عشرة دراهم حق الشرع فلا يجوز التوقيص منه شرعا حتى لو سمي أقل من عشرة فلها عشرة وإلى مهر مثلها حق الأولياء لأنهم يعيرون بذلك فلهم مخاصمتها إلى تمامه ، والاستيفاء حقها فإن شاءت قبضته وإن شاءت وهبته . قال (والواحد يتولى طرفي العقد وليا كان أو وكِيلا ، أو وليا ووكِيلا . أو أَصِيلا ووكِيلا ، أو وليا وأَصِيلا) أما الولي من الجانبين كمن زَوَّجَ ابن ابنه بنت ابن له آخر أو بنت أخيه ابن أخ له آخر أو أمته عبده ونحو ذلك والوكيل ظاهر . وأما الولي والوكيل بأن وناه رجل

٧ - الاختيار - ثلث

وَيَنْعَقِدُ نِكَاحُ الْفُضُولِيِّ مَوْقُوفًا كَالْبَيْعِ إِذَا كَانَ مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، أَمَّا مِنْ جَانِبَيْنِ (س) أَوْ فُضُولِيًّا مِنْ جَانِبٍ أَصِيلًا مِنْ جَانِبٍ فَلَا .
وَالْكَفَاءَةُ تُعْتَبَرُ فِي النِّكَاحِ فِي النَّسَبِ

أن يزوجه بنته الصغيرة ، أو وكلته امرأة أن يزوجه من ابنه الصغير . وأما الوكيل والأصيل بأن وكلته امرأة أن يزوجه من نفسه . وأما الولي والأصيل أن يزوجه ابنة عمه الصغيرة من نفسه . وصورته أن يقول : أشهدوا أني تزوجت فلانة من فلان ، أو فلانة مني ، أو تزوجت فلانة ، ولا يحتاج إلى القبول لأنه تضمن الشرطين . وقال زفر : لا يجوز ذلك لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مملكا مملكا كالبيع . ولنا أنه معبر وسفير والمانع من ذلك في البيع رجوع الحقوق إلى العاقد فيجوز فيه التمانع ، لأنه لا يمكن أن يكون الواحد مطلقا ومطلبا في حق واحد ، وهنا الحقوق لا ترجع إليه فلا تمنع . قال (وينعقد نكاح الفضولي موقوفا كالبيع إذا كان من جانب واحد ، أما من جانبين أو فضوليا من جانب أصيلا من جانب فلا) أما الفضولي من جانب بأن يزوجه امرأة بغير أمرها رجلا وقبل الرجل ، أو رجلا بغير أمره امرأة فقبلت ، فانه ينعقد ويتوقف على إجازة الغائب . وأما من الجانبين فهو أن يقول : أشهدوا أني تزوجت فلانة من فلان وهما غائبان بغير أمرهما فهذا لا ينعقد . وقال أبو يوسف : ينعقد موقوفا على إجازتهما ، والفضولي من جانب أصيل من جانب بأن يقول الرجل : أشهدوا أني قد تزوجت فلانة وهي غائبة ولم يقبل عنها أحد ، فهذا أيضا على الخلاف ؛ ولو جرى بين فضولين جاز باتفاقنا ، وذكرنا في البيوع الدليل على انعقاد تصرفات الفضولي . لأن يوسف في الخلافية أنه لو كان وكيلًا انعقد ونفذ ، فإذا كان فضوليا ينعقد ويقف . ولهما أن هذا شرط العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس كما إذا كان أصيلا ، بخلاف الوكيل لأنه معبر فينقل كلامه إليهما ، وكلام الفضولين عقد تام فلا يقاس عليه ، ولو زوج الأب ابنه الكبير فجوز قبل الإجازة فأجازه الأب جاز ونفذ لثبوت الولاية عليه وقت الإجازة .

فصل

(والكفاءة تعتبر في النكاح) وتعتبر في الرجال للنساء للزومه في حقهن ، ولأن الشريعة تعبر ويغنيها كونها مستفرشة للخسيس ، ولا كذلك الرجل لأنه هو المستفرش . والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « ألا لا يزوجه النساء إلا الأولياء ، ولا يزوجهن إلا من الأكفاء » ولأن المصالح إنما تتم بين المتكافئين غالبا فيشترط ليم المقصود منه . قال وتعتبر (في النسب) فقريش بعضهم أكفاء لبعض لا يكافئهم غيرهم من العرب ، والعرب بعضهم أكفاء

وفي الدين والتقوى وفي الصنائع وفي الحرية وفي المال ، ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافي من له أبوان ، والأبوان (س) والأكثر سواء ،

لبعض لا يكافئهم المولى ، قال عليه الصلاة والسلام « قريش بعضهم أكفاء لبعض ، والعرب بعضهم أكفاء لبعض » وقال عليه الصلاة والسلام « والمولى بعضهم أكفاء لبعض » ولا يعتبر التفاضل في قريش وإن كان أفضلهم بنو هاشم لما روينا ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام زوج ابنته عثمان وكان عبسما أمويا ، وعلى رضي الله عنه زوج ابنته عمر رضي الله عنه وكان عدويا . قال محمد : إلا أن يكون نسبا مشهورا كبيت الخلافة تعظيما لها . قال (وفي الدين والتقوى) حتى إن بنت الرجل الصالح لو تزوجت فاسقا كان للأولياء الرد لأنه من أفجر الأشياء وأنها تعبر بذلك ، وقوله عليه الصلاة والسلام « عليك بذات الدين تربت يداك » إشارة إلى أنه أبلغ في المقصود . وقال محمد : لا يعتبر إلا أن يكون فاحشا كمن يصفع ويسخر منه أو يخرج سكران ويلعب به الصبيان لأنه من أمور الآخرة فلا يبنى عليه أحكام الدنيا ، ولأن الأمير النسيب كفاء للدنية ، إن كان لايبالي بما يقولون فيه ولا يلحقها به شين ، بخلاف الفاحش لأنه يلحقها به شين . وعن أبي يوسف إذا كان الفاسق ذا مروءة فهو كفاء ، وهو أن يكون متسترا لأنه لا يظهر فلا يلتحق بها الشين . قال (وفي الصنائع) لأن الناس يعيرون بالدنى منها . وعن أبي حنيفة أنه غير معتبر فانه يمكن الانتقال عنها فليست وصفا لازما . وعن أبي يوسف لا يعتبر إلا أن يفحش كالحائك والحجام والكناس والدباغ فانه لا يكون كفواً لبنت البراز والبطار والصيرفي والجوهري . قال (وفي الحرية) فلا يكون العبد كفواً للحرّة لأنها تعبر به فانه نقص وشين . قال (وفي المال) وهو ملك المهر المعجل والنفقة في ظاهر الرواية حتى لو وجد أحدهما دون الآخر لا يكون كفواً . لأن بالنفقة تقوم مصالح النكاح ويدوم الازدواج فلا بد منه ، والمهر بدل البضع فلا بد من إيفائه ؛ والمراد به ما تعارف الناس تعجيله حتى يسمونه نقداً والباقي بعده تعارفه مؤجلا . وعن أبي يوسف إن كان يملك المهر دون النفقة ليس بكفاء . وإن كان يملك النفقة دون المهر فهو كفاء لأن المهر تجرى فيه المساهلة . ويعد الرجل قادرا عليه بقدرة أبيه . أما النفقة لا بد منها في كل وقت ويوم . وفي النوادر عن أبي حنيفة ومحمد : امرأة فائقة في اليسار زوجت نفسها ممن يقدر على المهر والنفقة ردّ عقدها . وقال أبو يوسف : إذا كان قادرا على إيفاء ما يعجل ويكتسب ما ينفق عليها يوما بيوم كان كفواً لها . ولا اعتبار بما زاد على ذلك لأن المداك غاد ورائج . قال (ومن له أب في الإسلام أو الحرية لا يكافي من له أبوان) لأن النسب بالأب وتماه بالجد (والأبوان والأكثر سواء) لما بينا . وعند أبي يوسف الواحد والأكثر سواء ، وقد سبق في الدعوى ، ومن أسلم بنفسه لا يكون كفواً

وَإِذَا تَزَوَّجْتَ غَيْرَ كُفٍّ فَلْيَلْوِيْ أَنْ يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَبَضَ الْوَلِيَّ
الْمَهْرَ أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ ، وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى ،
وَإِنْ رَضِيَ أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ (س) لِغَيْرِهِ يَمْنٌ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ
مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ ، وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ ذَلِكَ ،

لَمْ يَنْصَحْ لَهُ أَبٌ وَاحِدٌ فِي الْإِسْلَامِ لِأَنِ التَّفَاخُرَ بِالْإِسْلَامِ ، وَالْكَفَاءَ فِي الْعَقْلِ ، قِيلَ لَا تَعْتَبَرُ ،
وَقِيلَ تَعْتَبَرُ ، فَلَا يَكُونُ الْمَجْنُونُ كَفًّا لِلْعَاقِلَةِ . قَالَ (وَإِذَا تَزَوَّجْتَ غَيْرَ كُفٍّ فَلْيَلْوِيْ أَنْ
يَفْرَقَ بَيْنَهُمَا) دَفْعًا لِلْعَارِ عَنْهُ ، وَالتَّفْرِيقَ إِلَى الْقَاضِي كَمَا تَقَدَّمَ فِي خِيَارِ الْبُلُوغِ ، وَمَا لَمْ يَفْرَقْ
فَأَحْكَامُ النِّكَاحِ ثَابِتَةٌ ، وَلَا يَكُونُ الْفَسْخُ طَلَاقًا لِأَنَّ الطَّلَاقَ تَصَرُّفٌ فِي النِّكَاحِ وَهَذَا فُسْخٌ
لِأَصْلِ النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّ الْفَسْخَ إِنَّمَا يَكُونُ طَلَاقًا إِذَا فَعَلَهُ الْقَاضِي نِيَابَةً عَنِ الزَّوْجِ وَهَذَا لَيْسَ
كَذَلِكَ ، وَلِهَذَا لَا يَجِبُ لَهَا شَيْءٌ مِنَ الْمَهْرِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ لِمَا بَيْنَا ، وَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا
الْمُسَمَّى وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ وَلَهَا نَفَقَةُ الْعِدَّةِ لِلدُّخُولِ فِي عَقْدٍ صَحِيحٍ . قَالَ (فَإِنْ قَبَضَ الْوَلِيَّ الْمَهْرَ
أَوْ جَهَّزَ بِهِ أَوْ طَالَبَ بِالنَّفَقَةِ فَقَدْ رَضِيَ) لِأَنَّ ذَلِكَ تَقْرِيرٌ لِلنِّكَاحِ وَأَنَّهُ رَضِيَ كَمَا إِذَا زَوَّجَهَا
فَكُنْتُ الزَّوْجَ مِنْ نَفْسِهَا (وَإِنْ سَكَتَ لَا يَكُونُ رِضًى) وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ مَا لَمْ تَلِدْ لِأَنَّ
السُّكُوتَ عَنِ الْحَقِّ الْمُتَأَكَّدِ لَا يَبْطُلُهُ لَاحْتِمَالُ تَأَخُّرِهِ إِلَى وَقْتٍ يَخْتَارُ فِيهِ الْخُصُومَةُ (وَإِنْ رَضِيَ
أَحَدُ الْأَوْلِيَاءِ فَلَيْسَ لِغَيْرِهِ مِنْهُ هُوَ فِي دَرَجَتِهِ أَوْ أَسْفَلَ مِنْهُ الْإِعْتِرَاضُ وَإِنْ كَانَ أَقْرَبَ مِنْهُ فَلَهُ
ذَلِكَ) وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : لِلْبَاقِينَ حَقُّ الْإِعْتِرَاضِ لِأَنَّهُ حَقٌّ ثَبَتَ لِحَمَاعَتِهِمْ فَإِذَا رَضِيَ
أَحَدُهُمْ فَقَدْ أَسْفَظَ حَقَّهُ وَبَقِيَ حَقُّ الْبَاقِينَ . وَلَنَا أَنَّ هَذَا فِيهَا يَتَحَرَّزُ وَهَذَا لَا يَتَحَرَّزُ وَهُوَ دَفْعُ
الْعَارِ فَجَعَلَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَالْمُنْفَرِدِ كَمَا مَرَّ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ صَحَّ الْإِسْقَاطُ فِي حَقِّهِ فَيَسْقُطُ
فِي حَقِّ غَيْرِهِ ضَرُورَةُ عَدَمِ التَّجْزِئَةِ كَالْعَفْوِ عَنِ الْقَصَاصِ وَصَارَ كَالْأَمَانِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا
رَضِيَ لِأَنَّ حَقَّهَا غَيْرُ حَقِّهِمْ ، لِأَنَّ حَقَّهَا صِيَانَةُ نَفْسِهَا عَنْ ذَلِّ الْاِسْتِفْرَاشِ ، وَحَقُّهُمْ
فِي دَفْعِ الْعَارِ ، فَيُسْقُوطُ أَحَدُهُمَا لَا يَنْقُضِي سُقُوطُ الْآخَرِ . وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا
تَزَوَّجْتَ بِغَيْرِ كُفٍّ لَمْ يَجْزِ . قَالَ شَمْسُ الْأُتَمَةِ السَّرْحَسِيُّ : وَهُوَ أَحْوِطُ فَلَيْسَ كُلُّ وَلِيٍّ
يَحْسُنُ الْمُرَافَعَةَ إِلَى الْقَاضِي ، وَلَا كُلُّ قَاضٍ يَعْدِلُ ، فَكَانَ الْأَحْوِطُ سَدُّ هَذَا الْبَابِ (١) ،
وَلَوْ انْتَسَبَ إِلَى غَيْرِ نَسَبِهِ فَتَزَوَّجَتْهُ إِنْ كَانَ النِّسْبُ الْمَكْتُومُ أَفْضَلَ لِاخْتِيَارِهَا وَلَا لِلأَوْلِيَاءِ
كَمَا إِذَا اشْتَرَاهُ عَلَى أَنَّهُ مُعِيبٌ فَإِذَا هُوَ سَلِيمٌ ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ فَلَهَا وَلَهُمُ الْخِيَارُ ، وَإِنْ رَضِيَ
فَلَهُمُ الْخِيَارُ لِمَا تَقَدَّمَ ، وَإِنْ كَانَ دُونَهُ إِلَّا أَنَّهُ كُفٍّ بِالنِّسْبِ الْمَكْتُومِ فَلَا خِيَارَ لِلأَوْلِيَاءِ
لِأَنَّهُ كُفٍّ لَهُمْ فَلَا عَارَ عَلَيْهِمْ وَلَهَا الْخِيَارُ لِأَنَّهُ شَرَطَ لَهَا زِيَادَةَ مَنْفَعَةٍ ، وَقَدْ فَاتَتْ فَيُثْبِتُ الْخِيَارَ
كَمَا إِذَا اشْتَرَى عَبْدًا عَلَى أَنَّهُ خَبَازٌ أَوْ كَاتِبٌ فَوُجِدَ لَا يَحْسُنُهُ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْاِسْتِفْرَاشَ ذَلًّا

(١) قَالَ فِي الْخَاتِمَةِ : هَذَا أَصَحُّ وَأَحْوِطُ ، وَاخْتَارَ لِلْفَتَاوَى فِي زَمَانِنَا .

وَأَنْ نَقَصَتْ مِنْ مَهْرٍ مِثْلِهَا فَلِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ يُفَرِّقُوا أَوْ يُتِمَّمَهُ .
المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ولا يجوز أن
يكون إلا مالا ،

في جانبها ، وهي إنما رضيت باستفراش من هو أفضل منها ، وإن كانت هي التي غرته
فلا خيار له لأنه لا يفوته شيء من المصالح ، والكفاءة ليست بشرط من جانبها ، وهو قادر
على الطلاق وصار كالجلب والعنة والرتق . وعن أبي بكر الرازي وأبي الحسن الكرخي أنه
لا تعتبر الكفاءة ، وهو مذهب مالك لقوله تعالى - إنا خلقناكم من ذكر وأنثى - إلى أن قال
- إن أكرمكم عند الله أتقاكم - وقال عليه الصلاة والسلام « ليس لعربي على عجمي فضل
إلا بالتقوى » وقال عليه الصلاة والسلام لأبي هريرة « لو كان لي بنت لزوجتك » وروى
« أن بلالا خطب امرأة من الأنصار فأبوا أن يزوجه ، فقال له عليه الصلاة والسلام : قل
قل لهم إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمركم أن تزوجوني » وجوابه ما تقدم ، ولأن
المراد بالآية حكم الآخرة لا الدنيا ، لأن التقوى لا يعلم حقيقتها إلا الله وثوابها في الآخرة
وكذا قوله عليه الصلاة والسلام المراد به الفضل عند الله تعالى وهو جواب الحديث ، ويجب
الحمل عليه توفيقا بين الأدلة . قال (وإن نقصت من مهر مثلها فللأولياء أن يفرقوا
أو يتممه) ولا إشكال في ذلك على قولهما لأنه يجوز نكاح المرأة بغير إذن وليها أما على
قول محمد فلا إشكال أيضا على رواية رجوعه . إلى قول أبي حنيفة ، وعلى قول الأول
فيه إشكال لأنه لا يصح نكاحها عنده إلا باذن الولي . قالوا : صورته إذا كره الولي المرأة
على النكاح بدون مهر المثل ثم زال الإكراه فأجازت النكاح فللأولياء الاعتراض عند
أبي حنيفة خلافا لهما على ما تقدم .

فصل

(المهر أقله عشرة دراهم أو ما قيمته عشرة دراهم ، ولا يجوز أن يكون إلا مالا) والأصل
فيه قوله تعالى - وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم - علق الحل بشرط الابتغاء
بالمال فلا يحل دونه ، وسقوطه بالطلاق قبل الدخول عند عدم التسمية لا يدل على عدمه لأنه
يشبه الفسخ ، وسقوط العوض عند وجود الفسخ لا يدل على عدم الوجوب ، ولأن
سقوطه يدل على ثبوته إذ لا يسقط إلا ما ثبت ولزم . والتنصيف بالطلاق قبل الدخول
ثبت نصا على خلاف القياس ، والمذكور في الآية مطلق المسال فكان مجعلا ، والنبي عليه
الصلاة والسلام فسره بالعشرة فقال فيما رواه عنه جابر وعبد الله بن عمر « لامهر أقل
من عشرة دراهم » ولأن المهر ثبت حقا لله تعالى حتى لا يكون النكاح بدونه ، ولونفاه
أو سكت عنه ، ولهذا كان لما المطالبة بالفرض والتقدير وأنه يبتنى على وجود الأصل ،

فان سَمِيَ أَقْلٌ مِنْ عَشْرَةٍ فَلَهَا عَشْرَةٌ (ز) ، وَمَنْ سَمِيَ مَهْرًا لَزِمَهُ بِالْدُخُولِ
وَالْمَوْتِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا قَبْلَ الدُّخُولِ لَزِمَهُ نَصْفُهُ ، وَإِنْ لَمْ يُسَمَّ لَهَا مَهْرًا
أَوْ شَرَطَ أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ بِالْدُخُولِ وَالْمَوْتِ وَالْمُنْعَةُ بِالطَّلَاقِ
قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا تَجِبُ إِلَّا لَهُدَاهُ ، وَتُسْتَحَبُّ لِكُلِّ مُطَلَّقةٍ سِوَاهَا .
وَالْمُنْعَةُ دِرْعٌ وَخِمَارٌ وَمِلْحَفَةٌ يُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِحَالِهِ ، وَلَا تَزَادُ عَلَى قَدَرِ نِصْفِ
مَهْرِ الْمِثْلِ ،

وما ثبت لحق الله تعالى يدخله التقدير كالزكاة . قال (فان سمي أقل من عشرة فلها عشرة)
وقال زفر : لها مهر المثل لأنه سمي ما لا يصلح مهرًا فصار كعدم التسمية . ولنا أن العشرة
لا تتبع في حكم العقد ، فتسميته بعضه كنسبته كله كالطاقة ، وكما إذا تزوج نصفها ،
لأن الشرع أوجبه إظهارًا لخطر النكاح ، ولا يظهر بأصل المال لتناوله الحقير منه ،
وما أوجبه الشرع تولى بيان مقداره كالزكاة ، ولأننا حطت عنه ما تملكه وما لا تملكه ،
فيسقط ما تملكه وهو الزيادة على العشرة ، ولا يسقط ما لا تملكه وهو تمام العشرة ، كما
إذا أسقط أحد الشريكين الدين المشترك يصح في نصيبه خاصة . قال (ومن سمي مهرًا لزمه
بالدخول والموت) أما الدخول فلأنه تحقق به تسليم المبدل ، وبالموت يتقرر النكاح بانتهائه
فيجب البذل (وإن طلقها قبل الدخول لزمه نصفه) لقوله تعالى - فنصف ، ما فرضتم - .
قال (وإن لم يسم لها مهرًا أو شرط أن لا مهر لها فلها مهر المثل بالدخول والموت والمنعة
بالطلاق قبل الدخول) لأن النكاح صح فيجب العوض لأنه عقد معاوضة ، والمهر وجب
حقًا للشرع على ما بينا ، والواجب الأصلي مهر المثل لأنه أعدل فيصار إليه عند عدم
التسمية ، بخلاف حالة التسمية لأنهم رضوا به ، فان كان أقل من مهر المثل فقد رضى
بالنقصان ، وإن كان أكثر فقد رضى بالزيادة . قال عليه الصلاة والسلام « المهر ما تراضى
عليه الأهلون » وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في بروع بنت واشق الأشجعية
بمهر المثل ، وقد تزوجت بغير مهر ومات عنها قبل الدخول . وأما وجوب المنعة بالطلاق
قبل الدخول فلقوله تعالى فيه - ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره - قال (ولا
تجب إلا لهذه) لأنها قائمة مقام نصف المهر وهي خلف عنه فلا تجتمع مع الأصل في حق
غيرها ، ولهذا لو كانت قيمتها أكثر من نصف مهر المثل وجب نصف مهر المثل ولا ينقص
من خمسة دراهم (وتستحب لكل مطلقة سواها) قال (والمنعة درع وخمار وملحفة)
هكذا ذكره ابن عباس وعائشة رضى الله عنهما (يعتبر ذلك بحاله) لقوله تعالى - على
الموسع قدره - (ولا تزداد على قدر نصف مهر المثل) لأن النكاح الذي سمي فيه أقوى ،
فاذا لم يجب في الأقوى أكثر من نصف المهر لا يجب في الأضعف بطريق الأولى .

وإن زادها في المهر لزمته الزيادة ، وتسقط بالطلاق قبل الدخول (س) ، وإن حطت من مهرها صح الخط ، والخلو الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخل ، وكذلك العنين والخصي والمجبوب (سم) . والخلو الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعاً وشرعاً ، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعاً ، وكذلك الرثق والقرن والحيض والإحرام وصوم رمضان وصلاة الفرض .

قال (وإن زادها في المهر لزمته الزيادة) لما مر في البيوع في الزيادة في الثمن والمثلن (وتسقط بالطلاق قبل الدخول) وعند أبي يوسف تنصف بالطلاق قبل الدخول ، لأن عنده المفروض بعد العقد كالمفروض فيه . وعندهما التنصيف يخص بالمفروض فيه . وأصله أنه إذا تزوجها ولم يسم لها مهر ثم اصطالحا على تسمية فهي لها إن دخل بها أو مات عنها ، وإن طلقها قبل الدخول فالمتعة . وقال أبو يوسف : ينصف ما اصطالحا عليه لقوله تعالى - فنصف ما فرضتم - . ولهما أن هذا تعيين لما وجب بالعقد من مهر المثل ، ومهر المثل لا ينصف ، فكذا ما يقوم مقامه ، والفرض المعروف هو المفروض في العقد ، وهو المراد بالنص . قال (وإن حطت من مهرها صح الخط) لأنه خالص حقها بقاء واستيفاء فتملك حظه كسائر الحقوق . قال (والخلو الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخل) لما روى محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من كشف خمار امرأة ونظر إليها فقد وجب الصداق دخل بها أو لم يدخل » وروى زرارة بن أبي أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون رضوان الله عليهم أنه إذا أرخى ستراً أو أغلق الباب فلها الصداق كاملاً وعليها العدة . وقال عمر رضي الله عنه : فيه ما ذنبهن إذا جاء العجز من قبلكم ، ولأنه عقد على المنافع فيستقر بالتخلية كالإجارة ولأنها سلمت المبدل إليه فيجب لها البدل كالبيع (وكذلك العنين والخصي) لما ذكرنا (و) كذلك (الحبوب) وقالوا : يجب عليه نصف المهر لوجود المانع قطعاً وهو أعجز من المريض ، وله أن المستحق له في هذا العقد إنما هو السحق (١) وقد سلمت إليه ذلك (والخلو الصحيحة أن لا يكون ثم مانع من الوطء طبعاً وشرعاً ، فالمرض المانع من الوطء من جهته أو جهتها مانع طبعاً ، وكذلك الرثق والقرن) وكذا إذا كان يخاف زيادة المرض ، فانه لا يعرى عن نوع فتور (والحيض) مانع شرعاً وطبعاً إذ الطباع السليمة تنفر منه (والإحرام) بالحج أو العمرة فرضاً أو نفلاً (وصوم رمضان وصلاة الفرض) مانع شرعاً . أما الإحرام

وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة ، ولا يتجاوز به المسمى ، ويثبت فيه النسب .

وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل (سم) فإذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة (س) ؛ أو تعليم القرآن جاز النكاح (م) ، ولها مهر المثل .

فلما يلزمه من الدم ، وفي الصوم لما يلزمه من الكفارة والقضاء ، بخلاف التطوع فإنه يجوز إفطاره بعذر يتعلق بحق الأدنى كالضيافة ، ولا كذلك رمضان والمنذور والقضاء فيه روايتان ؛ وقيل في صوم يوم التطوع روايتان ، وكذلك السنن إلا ركعتي الفجر والأربع قبل الظهر لشدة تأكيدهما بالوعيد على تركهما ، والمكان الذي تصح فيه الخلوة أن يأمن فيها اطلاع غيرهما عليهما حتى لو خلا بها في مسجد أو حمام أو طريق أو على سطح لأحجاب له فليست صحيحة ، وكذلك لو كان معهما أعمى أو صبي يعقل أو مجنون أو كلب عقور أو منكوحه له أخرى أو اجنبية ؛ وفي الأمة فيه روايتان ، وعليها العدة في جميع ذلك احتياطاً لأنها حق الشرع . قال (وفي النكاح الفاسد لا يجب إلا مهر المثل ، ولا يجب إلا بالدخول حقيقة) لأن الحرمة قائمة وأنها مانعة شرعاً ، فلا يجب إلا باستيفاء منافع البضع حقيقة ، وإنما يجب مهر المثل لأنه لما فسد المسمى صرنا إلى مهر المثل ، إذ هو الموجب الأصلي لما مر (ولا يتجاوز به المسمى) لأن المستوفى ليس بمال وإنما يتقوم بالتسمية ، فإن نقصت عن مهر المثل لانجيب الزيادة عليهما لعدم التسمية ، وإن زادت لانجيب الزيادة لفساد التسمية بخلاف البيع الفاسد حيث تجب القيمة بالغة ما بلغت لأنه مال متقوم فيتقدر بدله بقيمته (ويثبت فيه النسب) لأنه مما يحتاط في إثباته ، وأول مدته وقت الدخول ، بخلاف النكاح الصحيح حيث يعتبر من وقت العقد ، لأن الصحيح دافع إلى الوطء فأقيم العقد مقامه ، والفاسد ليس بدافع لما بينا من الحرمة فلا يقام العقد مقامه ، وعليها العدة احتياطاً وتحريزاً عن اشتباه النسب ، وأولها يوم التفريق لأنها وجبت لشبهة النكاح ، والشبهة إنما ترتفع بالتفريق .

فصل

(وإن تزوجها على خمر أو خنزير ، أو على هذا الدن من الخل فإذا هو خمر ؛ أو على هذا العبد فإذا هو حر ؛ أو على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن جاز النكاح ولها مهر المثل) أما الخمر والخنزير فلأنه شرط فاسد فيلغو ، والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ، بخلاف البيع ، وإذا بطلت التسمية صارت كالعدم فيجب مهر المثل لما تقدم . وأما الدن فكذلك

وَإِذَا تَزَوَّجَ الْعَبْدُ بِأَذْنِ مَوْلَاهُ عَلَى خِدْمَتِهِ سَنَةً جَازَ وَلَهَا الْخِدْمَةُ ، وَإِنْ
تَزَوَّجَهَا عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ لَا يَتَزَوَّجَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ وَفَّى فَلَهَا الْمُسَمَّى ،

عند أبي حنيفة ، لأن الإشارة أبلغ في التعريف من التسمية فصار كأنه تزوجها على الخمر ،
وقالا : لها مثل وزنه خلا ، وكذلك العبد عند أبي حنيفة لما مر . وقال أبو يوسف : يجب
فيه مثل قيمته لو كان عبداً لأنه أطمعها في مال وقد عجز عن تسليمه فيجب قيمته
أو مثله كما إذا تزوجها على عبد الغير . وقال محمد : يجب مهر المثل لأن الأصل
أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى
موجود في المشار إليه ذاتا ، ألا يرى أنه لو اشترى فصا على أنه ياقوت أحمر فاذا هو
أنخضر انعقد العقد لاتحاد الجنس ، وإن كان المسمى من خلاف جنس المشار إليه يتعلق
العقد بالمسمى لأنه ليس موجودا فيه لا ذاتا ولا صفة ، ألا ترى أن من اشترى فصا على أنه
ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد لاختلاف الجنس ، وفيما نحن فيه العبد والحرّ جنس
واحد فيتعلق العقد بالمشار إليه كأنه تزوجها على حرّ فيلزمه مهر المثل . أما الخلّ والخمر
جنسان لتفاحش التفاوت بينهما فيتعلق العقد بالمسمى وهو الخلّ فيلزمه ؛ وأما إذا تزوجها
على خدمته سنة ، أو تعليم القرآن فذهبهما وجوب مهر المثل . وقال محمد : لها قيمة
خدمته لأنه مال إلا أنه عجز عن التسليم للمناقضة فصار كما إذا تزوجها على عبد الغير فانه
تجب القيمة . ولهما أن الخدمة ليست بمال لأنها لا تستحق بحال فصار كتسمية الخمر ، وهذا
لأن تقوّم المنافع بالعقد ، فاذا لم يجب تسليمها فيه لم يظهر تقوّمها فيصار إلى مهر المثل لما بينا
أو نقول المشروع الابتغاء بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع لما بينا ، أو نقول تعليم
القرآن واجب فلا يجوز أن يكون مهرا كتعليم الشهادتين ، بخلاف خدمة العبد لأنها مال
فإنها تتضمن تسليم رقبته ، ولأن استحقاق الزوجة خدمة الزوج قلب الموضوع ، لأن
توقير الزوج واجب عليها وفي استخدامه إهانة . قال (وإذا تزوّج العبد بأذن مولاه على
خدمته سنة جاز ولها الخدمة) لأنها مال على ما بينا ولا مناقضة فانه يخدم المولى معنى حيث
كان بأمره ؛ ولو تزوّجها على خدمة حرّ آخر ، الصحيح أنه يصحّ إذ لا مناقضة ، وترجع
بقيمة خدمته على الزوج ، ولو تزوّجها على أن يرعى غنمها أو يزرع أرضها فيه روايتان
والفرق على إحداهما أنه لا مناقضة لأنه من باب القيام بمصالح الزوجية ؛ ولو جمع بين ما هو
مال وما ليس بمال ، فإن وفي المال بالعشرة فهو لها لا غير ، وإن لم يف فلها تمام مهر مثلها
كما لو تزوّجها على عشرة دراهم ورطل من خر فلها العشرة ولا يكمل لها مهر المثل ؛ ولو
تزوّجها على عيب عبد اشتراه منها جاز ، فإن كانت قيمة العيب عشرة فهو لها ولا يكمل
عشرة . قال (وإن تزوّجها على ألف على أن لا يتزوّج عليها ، فإن وفي فلها المسمى) لأنه

وإلا فمهرٌ مثلها ، وإن قال على ألفٍ إن أقامَ بها ، وألفين إن أخرَجَها ، فإن أقامَ فلها الألفُ ، وإن أخرَجَها فمهرٌ مثلها (سم ز) ، وإن تزوّجَها على هذا العبدِ أو هذا فلها أشبههُما بمهرِ المثلِ (سم) ، وإن كان مهرُ المثلِ بينهما فلها مهرُ المثلِ (سم) ؛ وإن تزوّجَها على حيوانٍ ، فإن سَمِيَ نوعه كالفرسٍ جازَ ، وإن لم يَصِفْهُ ولها الوسطُ ، فإن شاء أعطاها ذلكَ ، وإن شاء قيمتهُ ؛ والثوبُ مثلُ الحيوانِ ، إلا أنه إن ذكرَ وصفه لزمه تسليمه ،

يصلح مهرا وقد تراضيا به (وإلا فمهر مثلها) لأنها ما رُضيت بالألف إلا مع ما ذكر لها من المنفعة فيكمل لها مهر المثل لأنها لم ترض به فكانه ما سمي ، ولو تزوّجها على ألف وكرامتها (١) فلها مهر المثل لا ينقص من ألف لأنه رضى بها ، وإن طلقها قبل الدخول لها نصف الألف لأنها أكثر من المتعة (وإن قال على ألف إن أقام بها وألفين إن أخرجها ، فإن أقام فلها الألف) لما بينا (وإن أخرجها فمهر مثلها) لا يزداد على ألفين ولا ينقص من ألف ، وقالوا : الشرطان جائزان ، وعند زفر فاسدان ولها مهر المثل في الوجهين ، وعلى هذا على ألف إن لم يتزوج عليها ، وألفين إن تزوّج . لزفر أن كل واحد منهما على خطر الوجود فكان المهر مجهولا . ولهما أن كل واحد منهما فيه غرض صحيح وقد سمي فيه بدلا معلوما فصار كالحياطة الفارسية والرومية . ولأبي حنيفة أن الشرط الأول صحيح وموجبه المسمى لما بينا . والشرط الثاني ينفي موجب الأول والتسمية متى صحّت لا يجوز نفي موجبها فيبطل الشرط الثاني ؛ ولو تزوّجها على ألف إن كانت قبيحة ، وألفين إن كانت جميلة صح الشرطان ، والفرق أنه لا مخاطرة هنا ، لأن المرأة على صفة واحدة إلا أن الزوج يجهلها ، وفي المسئلة الأولى المخاطرة موجودة في التسمية الثانية ، لأنه لا يدري أن الزوج هل ينفي بالشرط الأول أم لا (وإن تزوّجها على هذا العبد أو هذا فلها أشبههُما بمهر المثل ، وإن كان مهر المثل بينهما فلها مهر المثل) وقالوا : لها الأوكس بكل حال ؛ وإن طلقها قبل الدخول فلها نصف الأوكس بالإجماع . ولها أن الأوكس مسمى بيقين لأنه أقلّ ولا يصار إلى مهر المثل مع المسمى . ولأبي حنيفة أن الأصل مهر المثل ، وإنما يترك عند صحة المسمى وأنه مجهول للدخول كلمة أو فيكون فاسدا ، إلا أن مهر المثل إذا كان أكثر من الأرفع فقد رُضيت بالخطّ ، وإن كان أقلّ فقد رضى بالزيادة ، ومتى جهل المسمى تجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، إلا أن نصف الأوكس يزيد عليها عادة فيجب لاعترافه به . قال (وإن تزوّجها على حيوان فإن سمي نوعه كالفرس جاز وإن لم يصفه ولها الوسط فإن شاء أعطاها ذلك ، وإن شاء قيمته ؛ والثوب مثل الحيوان ، إلا أنه إن ذكر وصفه لزمه تسليمه

(١) قوله وكرامتها : أى بأن يحسن إليها بشيء تسره به .

وكذلك كل ما يثبت في الذمة .

وكذلك كل ما يثبت في الذمة (والأصل في ذلك أن التسمية لاتصح مع جهالة الجنس والنوع والصفة لأنها تؤدي إلى المنازعة ، وتصح مع الجهالة اليسيرة كجهالة الوصف لأن النكاح يحتمل ضربا من الجهالة ، لأن مبناه على المساهلة والمساهمة ، ألا ترى أنه يجوز بمهر المثل مع جهالته لما أنها لاتوجب المنازعة كذلك جهالة الوصف ، بخلاف البيع لأن مبناه على الماكسة والمضايقة . ثم الجهالة أنواع : منها جهالة النوع والوصف كقوله : ثوب أو دابة أو دار فلا تصح هذه التسمية لتفاوتها تفاوتاً فاحشاً في الصور والمعاني فيجب مهر المثل ، وكذا التسمية مع الخطر كقوله على ما في بطن جاريته أو غنمه أو ما يحمله نخله هذه السنة . ومنها ما هو معلوم النوع مجهول الصفة مثل قوله عبد أو فرس أو بقرة أو شاة أو ثوب هروى فإنه تصح التسمية ، ويجب الوسط منه لأنه إذا كان معلوم النوع كان له جيد وروى ووسط والوسط أعدل لأنه ذو حظ من الطرفين ؛ وعند جهالة النوع لاوسط لاختلاف معاني الأنواع ، فان معنى الفرس غير معنى الجمل ، ومعنى الشاة غير معنى الجاموس ؛ وكذلك اختلاف أنواع الثياب كالأطلس والقطن وغيرهما ، وإنما يتخير لأن الوسط إنما يعرف بالقيمة فكانت أصلاً في حق الإيفاء ، والعين أصل من حيث التسمية فيتخير وتجبر المرأة على القبول ، وقال زفر : إذا كان المهر ثوباً صوفاً لاتبجر على أخذ القيمة ، وهو رواية عن أبي حنيفة لأنها استحققت الثوب بالتسمية فلا تجبر على أخذ غيره كما في السلم . وجوابه إذا لم يكن معيناً فهو وتيمته سواء في الجهالة فتجبر على القبول كما في الحيوان . واختار بعضهم قول زفر وقال هو الأصح ، لأن الثوب وجب في الذمة وجوباً مستقراً كالسلم . ولا كذلك الحيوان لأنه لايجب في الذمة وجوباً مستقراً في السلم فكذا هنا ، ثم عند أبي حنيفة قيمة العبد الوسط أربعون ديناراً ، وإن سمي أبيض فخمسون وهو قيمة الغرة . والمهر بمعنى الغرة ، وعندهما على قدر الرخص والغلاء ، وقيل هذا اختلاف زمان لا برهان . ومنها ما هو معلوم الجنس والصفة وهو غير معين كما إذا تزوجها على مكيل أو موزون موصوف في الذمة تصح التسمية ، ويلزمه تسليم عينه لأن ذلك يثبت في الذمة ثبوتاً صحيحاً فيلزمه تسليمه كالنقود ؛ ولو تزوجها على كره حنطة مطلقاً ولم يصفه يخير الزوج بين الوسط وبين قيمته . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يلزمه تسليم الكره . ولو تزوج امرأتين على ألف قسمت الألف على قدر مهر مثليهما رجوعاً إلى الأصل لأنه لما أضاف إليهما فقد أضاف إلى كل واحدة ما تستحقه واستحقاقهما في الأصل مهر المثل كمن دفع إلى ربي دين ألفاً بينهما فأنهما يقتسمانها على قدر دينيهما كذلك هذا ، فان أطلقهما قبل الدخول فنصف الألف بينهما على قدر حقيهما ، فان لم يصح نكاح إحداها

وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا ، فَانْ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا
فَنِ الْأَجَانِبِ ، وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ ، فَانْ لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوْجَدُ مِنْهُ ؛ وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ
تَمْنَعَ نَفْسَهَا وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا ،

صَحَّ نِكَاحُ الْأُخْرَى ، لِأَنَّ الْمَبْطُلَ اخْتَصَّ بِهَا فَلَا يَتَعَدَّاهَا وَالْأَلْفُ كُلُّهَا الَّتِي صَحَّ نِكَاحُهَا .
وَقَالَا : يَقْسَمُ عَلَى مَهْرٍ مِثْلَيْهَا كَالْمَسْأَلَةِ الْأُولَى لِأَنَّهُ أَضَافَهُ إِلَيْهَا كَهَيِّ ، فَمَا أَصَابَ الَّتِي صَحَّ
نِكَاحُهَا فَهُوَ لَهَا وَيَسْقُطُ الْبَاقِي . وَلَأَنِّي حَنِيفَةٌ أَنْ إِضَافَةُ النِّكَاحِ إِلَى مَنْ لَا يَصِحُّ نِكَاحُهَا لَغْوٌ
فَصَارَ كَمَا إِذَا ضُمَّ إِلَيْهَا أَسْطَوَانَةُ أَوْ دَابَّةٌ ، وَالْبَدَلُ إِنَّمَا يَنْقَسِمُ بِحُكْمِ الْمَعَاضَاةِ وَالْمَسَاوَةِ وَالِدُخُولِ
فِي الْعَقْدِ ، وَلَا مَعَاضَاةٌ فِي الْحَرَمَةِ ، وَلَا مَسَاوَةٌ وَلَا دُخُولٌ فِي الْعَقْدِ فَصَارَتْ عَدَمًا ،
وَإِضَافَةُ الشَّيْءِ إِلَى اثْنَيْنِ وَاخْتِصَاصُهُ بِأَحَدِهِمَا جَائِزٌ ، قَالَ تَعَالَى - يَا مَعْشَرَ الْجِنِّ وَالْإِنْسِ
أَلَمْ يَأْتِكُمْ رِسَالٌ مِنْكُمْ - أَضَافَ الرِّسَالَ إِلَيْهَا ، وَالرِّسَالُ مَخْتَصَةٌ بِالْإِنْسِ دُونَ الْجِنِّ ، فَانْ
دَخَلَ بِالَّتِي لَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهَا فَلَهَا مَهْرُ الْمِثْلِ عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ لِأَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ
سَقَطَ فِيهِ الْخُلْدُ لِشَبْهِ الْعَقْدِ فَيَجِبُ مَهْرُ الْمِثْلِ ، وَعِنْدَهُمَا الْأَقْلُ مِنْ مَهْرِ الْمِثْلِ وَمَا يَنْخَصُّهَا .
قَالَ (وَمَهْرٌ مِثْلُهَا يُعْتَبَرُ بِنِسَاءِ عَشِيرَةِ أَبِيهَا) كَأَخَوَاتِهَا وَعَمَّاتِهَا وَبَنَاتِ عَمِّهَا دُونَ أُمِّهَا وَخَالَاتِهَا
إِلَّا أَنْ يَكُونَا مِنْ قَبِيلَةِ أَبِيهَا ، هَكَذَا رَوَى عَنْ رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي بَرُوعٍ حِينَ
تَزَوَّجَتْ بِغَيْرِ مَهْرٍ ، فَقَالَ : لَهَا مَهْرٌ مِثْلُ نِسَائِهَا وَنِسَاوُهَا أَقْرَابِ الْأَبِ ، وَلِأَنَّ قِيَمَةَ الشَّيْءِ
تَعْرِفُ بِقِيَمَةِ جَنْسِهِ ، وَجَنْسُهُ قَوْمُ أَبِيهِ (فَانْ لَمْ يُوْجَدْ مِنْهُمْ مِثْلُ حَالِهَا فَنِ الْأَجَانِبِ) تَحْصِيلًا
لِلْمَقْصُودِ بِقَدْرِ الْوَسْعِ . قَالَ (وَيُعْتَبَرُ بِامْرَأَةٍ هِيَ مِثْلُهَا فِي السِّنِّ وَالْحُسْنِ وَالْبَكَارَةِ وَالْبَلَدِ
وَالْعَصْرِ وَالْمَالِ) فَانْ الْمَهْرُ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ هَذِهِ الْأَوْصَافِ لِأَنَّ الرِّغَابَاتِ تَخْتَلِفُ بِهَا (فَانْ
لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ كُلُّهُ فَالَّذِي يُوْجَدُ مِنْهُ) لِأَنَّهُ يَتَعَذَّرُ اجْتِمَاعُ هَذِهِ الْأَوْصَافِ فِي امْرَأَتَيْنِ فَيُعْتَبَرُ
بِالْمَوْجُودِ مِنْهَا لِأَنَّهَا مِثْلُهَا . وَعَنْ بَعْضِ الْمَشَايِخِ أَنَّ الْجَمَالَ لَا يُعْتَبَرُ إِذَا كَانَتْ ذَاتُ حَسَبٍ
وَشَرَفٍ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ فِي الْأَوْسَطِ لِأَنَّ الرِّغْبَةَ حِينَئِذٍ فِي الْجَمَالِ . قَالَ (وَلِلْمَرْأَةِ أَنْ تَمْنَعَ نَفْسَهَا
وَأَنْ يُسَافِرَ بِهَا حَتَّى يُعْطِيَهَا مَهْرَهَا) لِأَنَّ حَقَّهَا قَدْ تَعَيَّنَ فِي الْمَبْدَلِ فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَيَّنَ حَقُّهَا
فِي الْبَدَلِ تَسْوِيَةً بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ كَانَ الْمَهْرُ كُلُّهُ مُؤَجَّلًا أَيْسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِ حَقِّهَا ؛
وَعِنْدَ أَبِي يُونُسَ لَهَا ذَلِكَ لِأَنَّهَا سَلِمَتْ إِلَيْهِ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَمْنَعَ بَعْدَهُ كَالْبَائِعِ إِذَا سَلَّمَ الْمُبِيعَ
لَيْسَ لَهُ حَبْسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَهُ أَنْ الْمَهْرُ مُقَابِلُ بِجَمِيعِ الْوَطَآتِ لَثَلَا يَخْلُو الْوُطْءُ عَنِ الْعَوْضِ
إِظْهَارًا لِحُطَرِّ الْبُضْعِ إِلَّا أَنَّهُ تَأْكَدُ بِوُطْءِ الْأُولَى لِحَالَةِ مَا وَرَاءَهَا ، وَالْمَجْهُولُ لَا يَزَاحِمُ الْمَعْلُومَ
فَإِذَا وَجَدَ بَعْدَهُ وَطْءَ آخَرَ صَارَ مَعْلُومًا فَتَحَقَّقَتْ الْمَزَاحِمَةُ فَصَارَ الْمَهْرُ مُقَابِلًا بِالْكُلِّ ،

فلذا أوفاهما مهرها نقلتها إلى حيث شاء ، وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى .

فصل

ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا باذن المولى ، ويملك
لجبارهم على النكاح ؛ وإذا تزوج العبد باذن

ونظيره العبد الجاني إذا جنى جناية يدفع بها ، فإن لم يدفع حتى جنى أخرى وأخرى دفع
بالكل . قال (فإذا أوفاهما مهرها نقلها إلى حيث شاء) لقوله تعالى - أسكنوهن - من حيث
سكنتم - (وقيل لا يسافر بها وعليه الفتوى) لفساد أهل الزمان ، والغريب يؤذى ، وقيل
يسافر بها إلى قرى المصر القريبة لأنها ليست بغربة ، وإذا ضمن المولى المهر صح ضمانه
كغيره من الديون ، والمرأة أن تطالب أيهما شاءت كسائر الكفالات ، وحكمها في الرجوع
كغيرها من الكفالات ؛ ولو ضمن المهر عن ابنه الصغير صح لما قلنا ، ولا يرجع عليه
إذا أدى لأنه صلة عرفا ، فإن مات الأب قبل الأداء فأخذ من تركته رجع بقية الورثة
على الابن من حصته لأنهم أدوا عنه ديناً عليه من مال مشترك . وقال زفر : لا يرجعون
كما إذا كفل عن ابنه الكبير بغير أمره أو عن أجنبي . قلنا الكفالة هنا بأمر المكفول عنه
حكماً لولاية الأب ، فكانت كفالته دليل الأمر من جهته ليرجع ، بخلاف الكبير والأجنبي
لأنه لا ولاية له عليهما ، وبخلاف ما إذا أدى حال حياته لأنه متبرع ، فان العادة جارية
بتبرع الآباء بمهر الأبناء .

فصل

(ولا يجوز نكاح العبد والأمة والمدبر وأم الولد إلا باذن المولى) وأصله قوله عليه
الصلاة والسلام « أيما امرأة تزوجت بغير إذن مولاهما فهي عاهرة » وقوله « أيما عبد تزوج
بغير إذن مولاه فهو عاهر » ولأن النكاح عيب في العبد والمدبر لتعلق النفقة بكسبهما والمهر
برقبتهما ، فلا يملك غير المولى ذلك دفعا للضرر عنه ، ولأن منافع البضع للمولى فلا يملكها
غيره بغير أمره (ويملك لجبارهم على النكاح) صيانة للملكة وتخصيصاً له عن الزنا الذي هو
سبب هلاكهم أو نقصانهم ، وهذا المعنى يشمل العبد والأمة ، وليس للمولى أن يزوج
المكاتب والمكاتبة بغير رضاها لخروجهما عن يده على ما نبينه في المكاتب ، ولا يجوز
نكاحهما إلا باذن المولى للرق الثابت فيهما بالحديث ، ويملك المكاتب تزويج أمته لأنه من
الاكتساب ، ولا يملك تزويج العبد لأنه خسران لا اكتساب ، ولو تزوج أمته من عبده
بغير مهر جاز ولا مهر لها ، وقيل يجب حقاً للشرع ثم يسقط . قال (وإذا تزوج العبد باذن

مَوْلَاهُ فَالْمَهْرُ دَيْنٌ فِي رَقَبَتِهِ يُبَاعُ فِيهِ وَالْمُدَبَّرُ يَسْعَى ، وَإِذَا أُعْتِقَتِ الْأَمَةُ
أَوْ الْمُكَاتَبَةُ وَلَهَا زَوْجٌ حُرٌّ أَوْ عَبْدٌ فَلَهَا الْخِيَارُ وَمَنْ زَوَّجَ أَمَتَهُ فَلَيْسَ عَلَيْهِ
أَنْ يَبُوتَهَا بَيْتَ الزَّوْجِ لَكِنَّهَا تَخْدُمُ الْمَوْلَى ، وَيُقَالُ لَهُ : مَتَى ظَفِرْتَ بِهَا
وَطِئْتَهَا ، وَإِنْ تَزَوَّجَ عَبْدٌ بَغِيرَ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَقَالَ لَهُ الْمَوْلَى طَلِّقْهَا فَلَيْسَ
بِإِجَازَةٍ ، وَلَوْ قَالَ طَلِّقْهَا تَطْلِيقَةً رَجْعِيَّةً فَهِيَ إِجَازَةٌ ؛

مولاه فالمهر دين في رقبته يباع فيه) لأنه دين وجب في رقبته بفعله وقد ظهر في حق المولى
حيث وقع بإذنه فيتعلق برقبته دفعا للضرر عن المرأة ، كما في ديون المأذون للتجارة
(والمدبر يسعى) لأنه لا يجوز بيعه فيؤدي من كسبه وكذلك ولد أم الولد من غير سيدها .
قال (وإذا أعتقت الأمة أو المكاتبه ولها زوج حرّ أو عبد فلها الخيار) لقوله عليه الصلاة
والسلام لبريرة حين أعتقت « ملكت بضعتك فاخترى » جعل العلة المثبتة للخيار معنى فيها
وهو ملك البضع فيرتب عليه ، ويستوى فيه الحرّ والعبد لعموم العلة ، على أنه روى أن
زوجها كان حرّاً ، وهي راجحة على رواية أنه كان عبداً لأن الأصل الحرية ، ولأنه ازداد
الملك عليها في الفصلين فيثبت لها الخيار فيهما دفعا للضرر عنها . قال (ومن زوّج أمة فليس
عليه أن يبوّتها بيت الزوج لكنّها تخدم المولى ، ويقال له متى ظفرت بها وطئتها) لأن حقّ
المولى في الخدمة باقٍ والتبوتة بإبطال له فلا يلزمه ذلك ؛ ولو شرط في العقد أن لا يستخدمها
بطل الشرط ، فان بوّأها بيتا معه فله أن يستخدمها وتبطل التبوتة ، لأن الموجب للخدمة
الملك وهو باقٍ فلا تبطله التبوتة . قال (وإن تزوّج عبد بغير إذن مولاه فقال له المولى
طلقها فليس بإجازة) لأنه يحتمل الرد وهو الظاهر هنا حيث تزوّج بغير أمره وافتات
عليه ، وردّ هذا العقد يسمى طلاقاً فيحمل عليه ، وكذا لو قال فارقتها وبلّ أولى (ولو قال
طلقها تطليقة رجعية فهو إجازة) لأن الطلاق الرجعي إنما يكون في النكاح الصحيح النافذ ؛
ولو أذن العبد في النكاح ينظم الصحيح والفاسد ، وقالوا : هو على الصحيح خاصة ، لأن
المراد من النكاح الإعفاف وذلك بالدوام عليه ، وأنه في الصحيح دون الفاسد ، ولأن الاسم
عند الإطلاق يقع على الصحيح كما في اليمين . ولأبي حنيفة أن اللفظ يجري على إطلاقه
كما مرّ في البيع ، ولئن قال البيع الفاسد يفيد بعض التصرفات كالعتق والملك وغيره .
قلنا والنكاح الفاسد أيضا يفيد بعض التصرفات كالنسب والعدة والمهر ، ومسئلة اليمين
ممنوعة ، ولئن سلمت فالإيمان مبناها على العرف ، وثمرة الاختلاف أنه لو تزوّج امرأة
نكاحا فاسدا انتهى الأمر عنده فليس له أن يتزوّج أخرى . وعندهما له أن يتزوّج غيرها
نكاحا صحيحا ، لأن الأول لم يدخل تحت الأمر فيبقى الأمر ، وليس له أن يتزوّج إلا امرأة

وَالْإِذْنَ فِي الْعَزْلِ لِمَوْلَى الْأُمَةِ (سم) ؛ وَإِذَا تَزَوَّجَ عَبْدٌ أَوْ أُمَةٌ بِغَيْرِ إِذْنِ
المولى ثُمَّ أُعْتِقَا نَفَذَ النِّكَاحُ وَلَا خِيَارَ لِلْأُمَةِ .

فصل

تَزَوَّجَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيَّةً عَلَى أَنْ لَا مَهْرَ لَهَا أَوْ عَلَى مَيْتَةٍ ، وَذَلِكَ عِنْدَهُمْ جَائِزٌ
جَازٌ وَلَا مَهْرَ لَهَا (سم) ، وَإِنْ تَزَوَّجَهَا بِغَيْرِ شُهُودٍ أَوْ فِي عِدَّةٍ (سم) كَافِرٍ آخَرَ
جَازٌ إِنْ دَانُوهُ . وَلَوْ أَسْلَمَا أَقْرَأَ عَلَيْهِ ،

واحدة لأن الأمر لا يقتضى التكرار إلا أن يقول له تزوج ما شئت فيجوز له أن يتزوج
ثنتين . قال (والإذن في العزل لمولى الأمة) وقالوا : إليها لأن الوطاء حقها والعزل تنقيص له
فيشترط رضاها . ولأبي حنيفة أن العزل يخلّ بحقّ المولى وهو حصول الولد الذى هو
ملكه فيشترط رضاه . بخلاف الحرّة لأن الولد والوطاء حقها . قال (وإذا تزوّج عبد
أو أمة بغير إذن المولى ثمّ أعتقا نفذ النكاح) لأنهما من أهل العبارة والتوقف لحقّ المولى
وقد زال (ولا خيار للأمة) لأنه إنما نفذ بعد العتق فصار كأنها تزوجت بعد العتق ،
ولو تزوّجت ودخل بها الزوج ثمّ أعتقها المولى جاز النكاح لما بينا والمهر للمولى لأنه
استوفى منفعة مملوكة للمولى . والقياس أن يجب مهر آخر ، إلا أنا استحسننا وقلنا يجب
مهر واحد . لأن الجواز استند إلى أصل العقد ، ولو أعتقها ثمّ دخل بها فالمهر لها لأنه
استوفى منفعة مملوكة لها .

فصل

(تزوّج ذمّيٌّ ذمّيّةً على أن لا مهر لها أو على ميتة ، وذلك عندهم جائز ولا مهر لها)
وقالوا : لها مهر مثلها إن مات عنها أو دخل بها ، وإن طلقها قبل الدخول فلها المنفعة لأنهم
الزموا أحكامنا في المعاملات فصار كالربا ، وله قوله عليه الصلاة والسلام « اتركوهم
وما يدينون » وما التزموا أحكامنا فيما يعتقدون خلافه . وعقد الذمة منع إلزامهم بالسيف ،
والحجة بخلاف الربا لأنه مستثنى من عقدهم ، قال عليه الصلاة والسلام « إلا من أربى فليس
بيننا وبينه عهد » وكذلك الزنا فإنه محرّم في جميع الأديان (وإن تزوّجها بغير شهود أو في عدة
كافر آخر جاز إن دانوه ، وأوأسلما أقرأ عليه) وقالوا : إذا تزوّجها في العدة فهو فاسد ،
فإن أسلما أو أحدهما أو ترافعا إلينا فرّق بينهما ، لأن نكاح المعتدة حرام بالإجماع ، وحرمة
النكاح بغير شهود مختلف فيه ، وهم التزموا أحكامنا ولم يلتزموها بجميع الاختلافات . وإن
أنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فلا تثبت الحرمة حقا للشرع ولا للمطلق لأنه لا يعتقدها ،

وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ (سم) إِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخِنْزِيرِ ، وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ ؛ وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدَّةِ ، وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا ، وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ ؛

بِخِلَافِ الْعِدَّةِ مِنَ الْمُسْلِمِ لِأَنَّهُ يَعْتَقِدُهَا ، وَحَالَةَ الْمِرَافَعَةِ أَوْ الْإِسْلَامَ حَالَةَ الْبَقَاءِ ، وَالْعِدَّةُ لَا تَنَافِيهَا كَالْمُطَوَّعَةِ بِشَبْهَةٍ ، وَكَذَا الشَّهَادَةُ لَيْسَتْ شَرْطًا حَالَةَ الْبَقَاءِ قَالَ (وَلَوْ تَزَوَّجَهَا عَلَى خَمْرٍ أَوْ خِنْزِيرٍ ثُمَّ أَسْلَمَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَلَهَا ذَلِكَ إِنْ كَانَا عَيْنَيْنِ ، وَإِلَّا فَقِيْمَةُ الْخَمْرِ وَمَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْخِنْزِيرِ) وَقَالَ أَبُو يُوْسُفَ : لَهَا مَهْرُ الْمَثَلِ فِي الْحَالَيْنِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : الْقِيْمَةُ فِيهِمَا . لَهَا أَنَّ الْمَلِكَ يَتَأَكَّدُ بِالْقَبْضِ فَأَشْبَهَ الْعَقْدَ ، وَالْإِسْلَامَ مَانِعٌ مِنْهُ فَصَارَا كَمَا إِذَا كَانَا دَيْنَيْنِ . وَإِذَا أَمْتَنَعَ الْقَبْضُ قَالَ أَبُو يُوْسُفَ : لَوْ كَانَا مُسْلِمَيْنِ عِنْدَ الْعَقْدِ يَجِبُ مَهْرُ الْمَثَلِ ، فَكَذَا عِنْدَ الْقَبْضِ . وَقَالَ مُحَمَّدٌ : صَحَّتِ التَّسْمِيَةُ وَعَجَزَ عَنِ التَّسْلِيمِ بِالْإِسْلَامِ فَتَجِبُ الْقِيْمَةُ كَمَا إِذَا كَانَ عَبْدًا فَهَلَكَ قَبْلَ الْقَبْضِ . وَلَأَبَى حَنِيفَةُ أَنَّ الْمَلِكَ تَمَّ بِنَفْسِ الْعَقْدِ فِي الْمَعِينِ حَتَّى جَازَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ ، وَبِالْقَبْضِ يَنْتَقِلُ إِلَى ضَمَانِهَا مِنْ ضَمَانِهِ ، وَالْإِسْلَامُ غَيْرُ مَانِعٍ مِنْ ذَلِكَ كَأَسْتِرْدَادِ الْخَمْرِ الْمَغْصُوبِ ، وَخَرُّ الْمَكَاتِبِ الَّذِي إِذَا عَجَزَ ، وَالْمَأْذُونُ إِذَا حَجَرَ عَلَيْهِ ؛ وَفِي غَيْرِ الْمَعِينِ إِنَّمَا يَمْلِكُهُ بِالْقَبْضِ ، وَالْإِسْلَامُ مَانِعٌ مِنْهُ ؛ وَإِذَا أَمْتَنَعَ الْقَبْضُ فَالْخَمْرُ مِنْ ذَوَاتِ الْأُمُثَالِ وَالْخِنْزِيرُ مِنْ ذَوَاتِ الْقِيَمِ ، فَتَكُونُ الْقِيْمَةُ مَقَامَهُ فَلَا يَجِبُ ، فَتَعِينُ مَهْرُ الْمَثَلِ وَتَجِبُ الْقِيْمَةُ فِي الْخَمْرِ لِأَنَّهَا تَقُومُ مَقَامَهَا . قَالَ (وَإِذَا أَسْلَمَ الْمَجُوسِيُّ فَرَّقَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ مَنْ تَزَوَّجَ مِنْ مَحَارِمِهِ) أَمَّا عِنْدَهُمَا فَظَاهِرٌ ، وَأَمَّا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ فَلَأَنَّ الْحَرَمِيَّةَ إِذَا طُرِئَتْ عَلَى النِّكَاحِ الصَّحِيحِ تَبْطُلُ ، وَلِأَنَّهَا تَنَافَى بَقَاءَ النِّكَاحِ وَلَا كَذَلِكَ الْعِدَّةُ عَلَى مَا بَيْنَنَا ، وَيُفْرَقُ بَيْنَهُمَا بِإِسْلَامِ أَحَدِهِمَا بِالْإِجْمَاعِ ، وَلَا يُفْرَقُ بِمِرَافَعَةِ أَحَدِهِمَا عِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ خِلَافًا لَهَا لِقَوْلِهِ تَعَالَى - فَإِنْ جَاءُوكَ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ - وَلِأَنَّ مِرَافَعَةَ أَحَدِهِمَا لَا يَبْطُلُ حَقُّ صَاحِبِهِ لِأَنَّهُ لَا يَعْتَقِدُهُ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا اتَّفَقَا حَيْثُ يُفْرَقُ بَيْنَهُمْ لَمَّا تَلَوْنَا ، وَلِأَنَّهُمَا رَضِيَا بِحُكْمِنَا فَيُلَازِمُهُمَا . قَالَ (وَلَا يَجُوزُ نِكَاحُ الْمُرْتَدَّةِ وَالْمُرْتَدِّ) بِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ ، وَلِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِيهِ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْ شَرْعِ النِّكَاحِ مَصَالِحُهُ ، وَلَا تَوْجِدَ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّ يَقْتُلُ وَالْمُرْتَدَّةُ تَحْبُسُ ، أَوْ نَقُولُ لِأَمَلَةٍ لَهَا لِأَنَّهَا خَرَجَا عَنِ الْإِسْلَامِ ، وَلَا يَقْرَأَنَّ عَلَى مَا انْتَقَلَا إِلَيْهِ ، وَيَجُوزُ نِكَاحُ النَّصْرَانِيِّ الْمَجُوسِيَّةِ وَالْيَهُودِيَّةِ ، وَالْيَهُودِيَّةِ النَّصْرَانِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ ، لِأَنَّ الْكُفْرَ كُلَّهُ مَلَّةٌ وَاحِدَةٌ ، كَذَا رَوَى عَنْ عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَلَا كِفَاةَ بَيْنَ أَهْلِ الْكُفْرِ . قَالَ (وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ خَيْرَ الْأَبَوَيْنِ دِينًا) نَظَرْنَا لَهُ حَتَّى لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا مُسْلِمًا كَانَ مُسْلِمًا ، وَلَوْ أَسْلَمَ أَحَدُهُمَا وَلَهُمَا وَلَدٌ صَغِيرٌ صَارَ مُسْلِمًا (وَالْكِتَابِيُّ خَيْرٌ مِنَ الْمَجُوسِيِّ) حَتَّى يَجُوزَ أَكْلُ ذَبِيحَةِ الْكِتَابِيِّ

وَإِذَا أَسْلَمَتِ امْرَأَةُ الْكَافِرِ عَرَضَ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ فَهِيَ امْرَأَتُهُ ،
وإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، وَتَكُونُ الْفُرْقَةُ طَلَاقًا (س) ؛ وَإِنْ أَسْلَمَ زَوْجُ الْمَجُوسِيَّةِ
قَانَ أَسْلَمَتِ وَإِلَّا فُرِّقَ بَيْنَهُمَا بِغَيْرِ طَلَاقٍ ؛ وَإِنْ كَانَ الْإِسْلَامُ فِي دَارِ الْحَرْبِ
تَتَوَقَّفُ الْبَيْنُونَةُ فِي الْمَسْئَلَتَيْنِ عَلَى ثَلَاثِ حَيْضٍ قَبْلَ إِسْلَامِ الْآخَرِ ،
وَإِذَا خَرَجَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ إِلَيْنَا مُسْلِمًا وَقَعَتِ الْبَيْنُونَةُ بَيْنَهُمَا ، وَكَذَا إِنْ
سَبَى أَحَدَهُمَا ، وَلَوْ سَبْيًا مَعَ لَمْ تَقَعْ ؛

ومناكحته دون المجوسى . قال (وإذا أسلمت امرأة الكافر عرض عليه الإسلام) تحصيلها
لمصالح النكاح بالإسلام ، لأنها قد فانت باسلامها (فإن أسلم فهي امرأته) كما إذا أسلما معا
(وإلا فرق بينهما) لأن الإسلام لا يصلح أن يكون سببا للفرقة لما أنه طاعة وعبادة ،
فيجعل إياؤه سببا لفوات مصالح النكاح عقوبة (وتكون الفرقة طلاقا) وقال أبو يوسف :
لا تكون طلاقا لأنه سبب يشترك فيه الزوجان فلا يكون طلاقا ، كما إذا ملكها أو ملكته .
ولهما أن الزوج ترك الإمساك بالمعروف مع القدرة عليه فينبوب عنه القاضى فى التسريح
بالإحسان فيكون قوله كقول الزوج فيكون طلاقا كما فى الحبّ والعنة . قال (وإن أسلم
زوج المجوسية ، فإن أسلمت وإلا فرق بينهما بغير طلاق) والفرق أن المرأة ليست من أهل
الطلاق فلا ينتقل قول القاضى إليها ، ثم إن كان قبل الدخول فلا مهر لها ، لأن الفرقة
جاءت من قبلها ، وإن كان قد دخل بها فلها المهر لأنه تأكد بالدخول (وإن كان الإسلام
فى دار الحرب تتوقف البينونة فى المسئلتين على ثلاث حيض قبل إسلام الآخر) لأنه لا بد
من الفرقة بينهما ، ولا قدرة على العرض فى دار الحرب فجعلنا ثلاث حيض وهو شره
الفرقة مقام السبب وهو العرض كحافر البئر وغيره ، ثم إذا بانت بثلاث حيض ذكر
فى السير الكبير أنه طلاق عندهما . وروى أنه فرقة بغير طلاق كأبى يوسف ؛ ولو أسلم
الآخر قبل مضى ثلاث حيض لم تبين منه ؛ وإن أسلم زوج الكتائية فلا عرض ولا فرقة
لأنه يجوز له نكاحها ابتداء ، فلأن يبنى أولى ؛ ولو أسلم أحد الزوجين وهما صبيان عاقلان
عرض الإسلام على الآخر ، لأن الصبي يخاطب بالإسلام حقا للعباد حتى إنه يؤخذ بحقوق
العباد ، فإن أبى فرق بينهما استحسانا إيفاء لحق صاحبه ودفعاً للضرر عنه . قال (وإذا
خرج أحد الزوجين إلينا مسلما وقعت البينونة بينهما . وكذا إن سبى أحدهما . ولو سبى
معا لم تقع) فسبب البينونة هو التباين دون السبى ، لأن مصالح النكاح لا تحصل مع التباين
حقيقة وحكما ، لأن مصالحه إنما تحصل بالاجتماع . والتباين مانع منه . أما السبى فإنه
يقتضى ملك الرقة وذلك لا ينافى النكاح ابتداء فكذا بقاء . وأما المستأنس فقصده الرجوع

وَإِذَا خَرَجَتِ الْمَرْأَةُ إِلَيْنَا مُهَاجِرَةً لَاعِدَةً (سم) عَلَيْهَا ؛ وَإِذَا ارْتَدَّ أَحَدُ
الزَّوْجَيْنِ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بِغَيْرِ طَلَاقٍ (م) ؛ ثُمَّ إِنْ كَانَ الْمُرْتَدُّ الزَّوْجَةَ بَعْدَ
الدُّخُولِ فَلَهَا الْمَهْرُ وَقَبْلَهُ لَأَشْيَاءُ لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ، وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَالْكُلُّ
بَعْدَهُ وَالنِّصْفُ قَبْلَهُ ؛ وَإِنْ ارْتَدَّ مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا فَهُمَا عَلَى نِكَاحِهِمَا .

فلم يوجد تباين الدارين حكما قال (وإذا خرجت المرأة إلينا مهاجرة لاعدة عليها) وقالوا :
عليها العدة لأنها من أحكام الإسلام والفرقة حصلت في دار الإسلام . وله قوله تعالى - ولا
تمسكوا بعصم الكوافر - نزلت في هذه القضية نقلا عن بعض المفسرين ، ولأنها وجبت
إظهارا لخطر النكاح ، ولا خطر لنكاح الحربى ، ولهذا قلنا لاعدة على المسيية . قال (وإذا
ارتدَّ أحد الزوجين وقعت الفرقة بغير طلاق) وقال محمد : إن كان المرتدَّ الزوج فهى
طلاق لما مرَّ في الإباء ، وأبويوسف مرَّ على أصله أيضا . والفرق لأبى حنيفة أن الردة
تنافى المحلية كالحرمة والطلاق رافع فتمدَّر أن تكون الفرقة طلاقا ، ولهذا لا يحتاج في الفرقة
هنا إلى القضاء ، أما الإباء لاينافى المحلية والنكاح ، ولهذا تتوقف الفرقة على القضاء ، وإنما
بالإباء امتنع عن التسريح بالإحسان فناب القاضى منابه على ما بينا (ثم إن كان المرتدَّ
الزوجة بعد الدخول فلها المهر وقبلة لأشياء لها ولا نفقة) وقد مرَّ (وإن كان الزوج فالكلُّ
بعده والنصف قبله) وذكر في الفتاوى لو ارتدت المرأة قيل لا يفسد النكاح زجرا لها ،
والصحيح أنه يفسد وتجب على تجديد النكاح زجرا لها أيضا (وإن ارتدَّ مَعًا ثُمَّ أَسْلَمَا مَعًا
فهما على نكاحهما) لأن بنى حنيفة ارتدَّا في زمن أبى بكر رضى الله عنه ثُمَّ أَسْلَمُوا ،
فأقرَّهم على أنكحتهم ولم يأمرهم بتجديد الأنكحة ، وذلك بمحضر من الصحابة رضى الله
عنهم من غير نكير من أحدهم فكان إجماعا ، فإن أسلم أحدهما بعد الردة فسد النكاح
كما في الابتداء ، ولو قبلها ابن زوجها أو وطئها حرمت على أبيه لما تقدَّم وسقط مهرها
إذا كان قبل الدخول إن كانت مطاوعة لأن الفرقة جاءت من قبلها ؛ فقد امتنعت عن
تسليم المبدل فتمنع البدل كما في البيع ، وإن كانت مكرهة لايسقط ؛ وفي الصغيرة لايسقط
في الوجهين جميعا وإن كان يجامع مثلها ، لأنه لااعتبار بنعلها حتى لايتعل به شيء من
الأحكام فلا يجب عليها حدٌّ ولا تعزير ولا غسل ولا مأثم لعدم الخطأ فكذا هذا ؛
وإن ارتدت الصغيرة سقط مهرها لأنه إذا حكم بردتها بطلت محبة النكاح فصارت
كالكبيرة ، إذ الكلام في التى تعقل الإسلام والردة على ما أتيتك .

وَإِذَا كَانَ بِأَحَدِ الزَّوْجَيْنِ عَيْبٌ فَلَا خِيَارَ لِلْآخَرِ (م) إِلَّا فِي الْحَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْخِصْيِ .

فصل

(وإذا كان بأحد الزوجين عيب فلا خيار للآخر إلا في الحب والعنة والخصي)
أما عيوب المرأة فيإجماع أصحابنا ، لأن المستحق هو المتمكين وإنه موجود ، والاستيفاء من الثمرات واختلاله بالعيوب لا يوجب الفسخ ، لأن القوات بالموت لا يوجبها فهذا أولى . وأما عيوب الرجل وهي الجنون والجذام والبرص فكذلك . وقال محمد : لها الخيار لأنه لا ينتظم بينهما المصالح فيثبت لها الخيار دفعا للضرر عنها بخلاف الزوج لأنه يقدر على دفعه بالطلاق وصار كالجب والعنة . ولهما أن الخيار يبطل حق الزوج فلا يثبت ، وإنما ثبت في الحب والعنة لإختلالهما بالمقصود من النكاح ، والعيوب لا تخل به . والعنين الذي لا يصل إلى النساء ، أو يصل إلى الثيب دون الأبكار ، أو يصل إلى غير زوجته ولا يصل إليها ، وتكون العنة لمرض أو ضعف أو كبر سن ، أو من أخذ بسحر ؛ فإذا كان الزوج عينا وخاصته المرأة في ذلك أجله القاضي سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما إن طلبت المرأة ذلك ، لأن لها حقا في الوطء فلها المطالبة به . ويجوز أن يكون ذلك لمرض . ويحتمل أن يكون لآفة أصلية فجعلت السنة معرفة لذلك لاشتغالها على الفصول الأربعة ؛ فإن كان المرض من برودة أزاله حر الصيف . وإن كان من رطوبة أزاله يبس الخريف ، وإن كان من حرارة أزاله برد الشتاء . وإن كان من يبس أزاله رطوبة الربيع على ما عليه العادة ، وروى ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود رضى الله عنهم ، فإذا مضت السنة ولم يصل إليها علم أنه لآفة أصلية فتخير ، فإن اختارت نفسها قال أبو يوسف ومحمد : بانث ، وهو ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة لا تبين إلا بتفريق القاضي ، وهو المشهور من مذهبه . لهما أن الشرع خيرها عند تمام الحول دفعا للضرر عنها فلا يحتاج إلى تفريق القاضي كما إذا خيرها الزوج . وله أن النكاح عقد لازم وملك الزوج فيه معصوم فلا يزول إلا بإذنه دفعاً للضرر عنه ، لكن لما وجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان وقد عجز عن الأول بالعنة ولا يمكن القاضي النيابة فيه فوجب عليه التسريح بالإحسان . فإذا امتنع عنه ناب القاضي منابه . لأنه نصب لدفع الظلم فلا تبين بدون تفريق القاضي . فإذا فرق يصير كأنه طاقها بنفسه فتكون تطليقة بانثه ليحصل مقصودها وهو دفع الظلم عنها بملكها نفسها . ويشترط طلبها لأن الفرقة حقها ؛ والمراد السنة القمرية لأنها المراد عند الإطلاق . وروى ابن سماعة عن محمد أنها سنة شمسية وتعتبر بالأيام . وتزيد على القمرية أحد عشر يوما ، ويحسب منها أيام الحيض وشهر رمضان ، لأن السنة لا تخلو

فصل

وَعَلَى الرَّجُلِ أَنْ يَعْدِلَ بَيْنَ نِسَائِهِ فِي الْبَيْتُوتَةِ ، وَالْبِكْرِ وَالْثَيِّبِ وَالْجَدِيدَةِ
وَالْعَتِيقَةِ وَالْمُسْلِمَةِ وَالْكَتَابِيَّةِ سَوَاءً ،

عن ذلك ، ويحسب مرضه ومرضها إن كان نصف شهر ، وإن كان أكثر عوّضه عنه .
وعن أبي يوسف إن حجت أو هربت أو غابت لم تحتسب تلك المدة من السنة ، وإن حجّ هو
أو هرب أو غاب احتسب عليه من السنة . والتأجيل إنما يكون بعد دعوى المرأة عند القاضي
فإن اختارت زوجها لم يكن لها بعد ذلك خيار لأنها رضيت ببطلان حقها ، ولو خيرها
القاضي فقامت من مجلسها قبل أن تختار فلا خيار لها كالخيرة من زوجها ، فإن طلب العنين
أن يؤجله القاضي سنة أخرى لم يؤجله إلا برضاها ، فإن رضيت جاز ولها أن ترجع وتختار
قبل مضى السنة الأخرى ، فإذا فرق القاضي بينهما ثم تزوّجها فلا خيار لها لأنها رضيت
بالعنة ؛ ولو اختلفا في الوصول إليها ، فإن كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه لأنه منكر حقّ
النفريق ، ولأن الأصل السلامة والعيب عارض ، فإن حلف بطل حقها ، وإن نكل أجل
سنة كسائر الحقوق ، وإن كانت بكرا نظرها النساء ، فإن قلن هي بكر أجل سنة ، وإن
قلن هي ثيب حلف على الوجه الذي بينا . والمحجوب وهو الذي قطع ذكره أصلا فإنه يفرّق
بينهما للحال لأنه لا فائدة في التأجيل ، والخصي كالعين لأن له آلة تنصب ويجامع بها
غير أنه لا يحبل ، وهو الذي سلت أنثياه ، وإذا أجل سنة وادّعى الوصول إليها وأنكرت
فالحكم كما إذا اختلفا قبل التأجيل ، وإذا كان زوج الأمة عنيقا فالخيار للمولى كالعزل عند
أبي حنيفة ؛ وإذا كانت المرأة رتقاء فلا ولاية لها في الطلب ، إذ لاحق لها في الوطء ،
ولو وطئها الزوج مرة واحدة ثم عنّ أو جبّ فلا طلب لها ولا خيار .

فصل

(وعلى الرجل أن يعدل بين نسائه في البيتوتة) لقوله عليه الصلاة والسلام « من كان له
امرأتان قال إلى إحدهما جاء يوم القيامة وأحد شقيه مائل » (والبكر والثيب والجديدة
والعتيقة والمسلمة والكتابية سواء) لإطلاق ما زوينا ، ولأن ذلك من حقوق النكاح ولا
تفاوت بينهنّ فيها ، ولا يجب عليه التساوى بينهنّ في الوطء والمحبة . أما الوطء فلأنه ينبنى
على النشاط ؛ وأما المحبة فلأنها فعل القلب . وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يعدل
بين نسائه ويقول « اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا توأخذني فيما لا أملك » يعنى زيادة المحبة
لبعضهنّ . ثم إن شاء جعل الدور بينهنّ يوما أو يومين أو أكثر ، وله الخيار في ذلك

وَالْحَرَّةُ ضِعْفُ الْأَمَةِ ؛ وَمَنْ وَهَبَتْ نَصِيْبَهَا لِصَاحِبَتِهَا جَازَ وَلَهَا الرُّجُوعُ فِي ذَلِكَ ، وَيُسَافِرُ بِمَنْ شَاءَ ، وَالْقُرْعَةُ أُولَى .

كتاب الرضاع

وَحُكْمُ الرُّضَاعِ يَثْبُتُ بِقَلِيلِهِ (ف) وَكَثِيرِهِ .

لأن المستحقّ عليه التسوية ، وقد وجدت . قال (وللحرّة ضعف الأمّة) لما عرف أن الرقّ منصف كما في العدة وغيرها (ومن وهبت ناصيبها لصاحبها جاز) لما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لسوده بنت زمعة « اعتدي ، فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها وتجعل يومها لعائشة وأن تحشر مع نسائه يوم القيامة ففعل ، ولأنه حقها وقد أبطلته برضاها (ولها الرجوع في ذلك) لأنها وهبت حقاً لم يجب بعد ، وإن أقام عند الواحدة أياماً بإذن الأخرى جاز من غير مساواة ، لأن النبيّ عليه الصلاة والسلام لما مرض استأذن نساءه أن يكون في بيت عائشة فأذن له ، فكان في بيتها حتى قبض عليه الصلاة والسلام . وفيه دليل على أن القسم يجب على الرجل وإن كان مريضاً ، ويؤمر الصائم بالنهار والقائم بالليل أن يبيت معها إذا طلبت . وعن أبي حنيفة يجعل لها يوماً من أربعة أيام ، وليس هذا بواجب لأنه يؤدي إلى فوات النوافل أصلاً على من له أربع من النساء ، ولكن يؤمر بإفناء حقها من نفسه أحياناً ويصوم ويصلى ما أمكنه ، ولو أعطت زوجها مالا أو حطته ليزيد في قسمها لم يجز وتراجع بما أعطته ، وكذا لو زادها الزوج في مهرها لتجعل يومها لغيرها ، والوجه فيه ما بينا . قال (ويسافر بمن شاء والقرعة أولى) لأنه لاحق لهم حال السفر حتى كان له أن لا يسافر بواحدة منهم أصلاً ويقرع بينهم تطليقاً لقلوبهم ، وقد ورد ذلك عنه عليه الصلاة والسلام ؛ ومن سافر بها ليس عليه قضاء حقّ الباقيات لأنه كان متبرعاً لاموفيا حقاً ، وإن ظلم بعضهنّ يوعظ ، فإن لم ينته يوجع عقوبة زجراً له عن الظلم .

كتاب الرضاع

وهو واجب لإحياء للولد لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - أي ليرضعن (وحكم الرضاع يثبت بقليله وكثيره) لقوله سبحانه - وأمهاكنم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة - مطلقاً ، وقال عليه الصلاة والسلام « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب ، من غير فصل ، وقال عليه الصلاة والسلام « الرضاع ما ينبت اللحم وينشز العظم ، وإنه يحصل بالقليل ، لأن اللبن متى وصل إلى جوف الصبي أنبت اللحم وأنشز العظم .

إذا وجِدَ في مُدَّتِهِ وَهِيَ ثَلَاثُونَ (سَم) شَهْرًا ؛ وَيَحْرُمُ مِنْ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ
مِنَ النَّسَبِ إِلَّا أُخْتُ ابْنِهِ وَأُمُّ أُخْتِهِ ؛ وَإِذَا أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ صَبِيَّةً حَرُمَتْ
عَلَى زَوْجِهَا وَآبَائِهِ وَأَبْنَائِهِ ،

قال (إذا وجد في مدته وهي ثلاثون شهرا) وقالوا : سنتان لقوله تعالى - والوالدات يرضعن
أولادهنّ حولين كاملين لمن أراد أن يتمّ الرضاعة - وقال تعالى - وحمله وفصاله ثلاثون
شهرا - وأدنى مدة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال سنتان . ولأبي حنيفة الآية الثانية ، والتسلك
بها أن الله تعالى ذكر الحمل والفصال وصرب لهما مدة ثلاثين شهرا فتكون مدة لكل واحد
منهما ، كما إذا باعه عبدا وأمة إلى شهر ، فإن الشهر يكون أجلا لكل واحد منهما ،
وكذا لو باعه شيئا وأجره شيئا آخر صفقة واحدة إلى مدة معلومة كانت
المدة أجلا لكل واحد منهما ، فعلم أن الآية تقتضي أن يكون الثلاثون شهرا أجلا
لكل واحد من الحمل والفصال : خرج الحمل عن ذلك فبقى الفصال على مقتضاه ، والآية
الأولى محمولة على مدة الاستحقاق حتى لا يكون للأم المبتوتة المطالبة بأجرة الرضاع بعد
الحولين فعملنا بالآية الأولى في نفي الوجوب الأجرة بعد الحولين ، وبالثانية في الحرمة إلى
ثلاثين شهرا أخذنا بالاحتياط فيهما . أو نقول : المراد الحمل على الأكف في الحجر حالة
الإرضاع ، لأن مدة الحمل غير مقدرة بثلاثين شهرا بالإجماع . فإذا انقضت مدته لاعتبار
بالرضاع بعده ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا رضاع بعد الفصال » والمراد حكمه وهل
يباح الإرضاع بعد المدة ؟ فيه خلاف . والمحرم من الإرضاع ما وقع في المدة ، سواء فطم
أو لم يفظم . وقال انخفاف وهو رواية عن أبي حنيفة : إن استغنى بالفطام عن اللبن ثم
رضع في المدة لانتبت الحرمة ، وإن لم يستغن تثبت . قال (ويحرم من الرضاع ما يحرم
من النسب) لما روينا (إلا أخت ابنه وأمّ أخته) فإنها تحرم من النسب دون الرضاع ،
لأن في النسب لما وطئ أم ابنه فقد حرمت عليه بناتها . وأمّ أخته موطوءة أبيه ولم يوجد
ذلك في الرضاع . قال (وإذا أرضعت المرأة صبيّة حرمت على زوجها وآبائه وأبنائه)
فتكون المرضعة أم الرضيع وأولادها إخوته وأخواته من تقدم ومن تأخر . فلا يجوز أن
يتزوج شيئا من ولدها وولد ولدها وإن سفلوا وآبائها أجداده وأمهاتها جداته من قبل
الأم وإخوتها وأخواتها أخواله وخالاته . ويكون زوجها الذي نزل منه اللبن أب المرضعة
وأولاده إخوتها وآبؤها أمهاته أجدادها وجداتها من قبل الأب وإخوته وأخواته أعمامها
وعماتها لانحلّ مناكحة أحد منهن كما في النسب . قال عليه الصلاة والسلام لعائشة « ليلج
عليك أفلق فإنه عمك من الرضاعة » ولو ولدت من رجل وأرضعت ثم بينس اللبن ثم در
أرضعت به صبيا يجوز لذلك النسيب أن يتزوج بنت الزوج من غيرها . وكذا لو لم تلد

وَإِذَا رَضَعَ صَبِيَّانِ مِنْ ثَدْيِ امْرَأَةٍ فَهُمَا أَخَوَانِ ، وَإِنْ اجْتَمَعَا عَلَى ثَدْيِ شَاةٍ فَلَا رَضَاعَ بَيْنَهُمَا ، وَإِذَا اخْتَلَطَ اللَّسَنُ بِخِلَافِ جِنْسِهِ كَالْمَاءِ وَالْدُهْنِ وَالنَّبِيدِ وَالْدَّوَاءِ وَثَدْيِ الْبَهَائِمِ فَالْحُكْمُ لِلْغَالِبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ اخْتَلَطَ بِجِنْسِهِ بِأَنْ اخْتَلَطَ ثَدْيُ امْرَأَتَيْنِ (م ز) ، وَإِنْ اخْتَلَطَ بِالطَّعَامِ فَلَا حُكْمَ لَهُ ، وَإِنْ غَلَبَ (س م) ،

منه قط فزل لها لبن ، وكذا لبن البكر إذا لم تتزوج إذا أرضعت به صبيًا حرم عليها لا غير ، ولو أرضعت صبية لا تحرم على ولد زوجها من غيرها ، ولا يحل للرضيع أن يتزوج امرأة وطئها زوج المرضعة لأنها منكوجة الأب ، ولا للزوج أن يتزوج امرأة وطئها الرضيع لأنها موطوءة الابن كما في النسب . قال (وإذا رضع صبيان من ثدي امرأة فهما أخوان) لأن أمهما واحدة ، فلو كانا بنتين لا يجوز لأحد الجمع بينهما ، وكذا لو كان لرجل زوجتان ولدتا منه ثم أرضعت كل واحدة صغيرة صار الرضيعان أخوين من أب (وإن اجتمعوا على لبن شاة فلا رضاع بينهما) لأنه لم تثبت الحرمة بينه وبين الأم لتنتقل إلى الأخ إذ هي الأصل لأن الحرمة تثبت في الأم ثم تتعدى . رجل طلق امرأته ولها لبن فزوتجت آخر وحبلت ونزل لها لبن فهو الأول ما لم تلد . وقال أبو يوسف : هو منهما إلا أن يعرف أنه من الثاني وإنه يعرف بالغلظ والرقعة . وقال محمد : هو منهما ما لم تضع فإذا وضعت فن الثاني لأنه من الأول بيقين ، واحتمل كونه من الثاني فيجعل منهما احتياطًا للمحرّمات ، وكذلك يقول أبو يوسف إلا إذا عرفنا أنه من الثاني فيجعل منه . وأبو حنيفة يقول : هو من الأول بيقين . ووقع الشك في كونه من الثاني ، والشك لا يعارض اليقين ، فإذا ولدت ثقتنا أنه من الثاني . ولا اعتبار بالغلظ والرقعة ، لأن ذلك يتغير بتغير الأحوال والأغذية . قال (وإذا اختلط اللبن بخلاف جنسه كالماء والدهن والنبيذ والدواء ولبن البهائم فالحكم للغالب) فإن غلب اللبن تثبت الحرمة . وإلا فلا (وكذلك إن اختلط بجنسه بأن اختلط لبن امرأتين) وقال محمد وزفر : تثبت الحرمة بهما لأن الشيء لا يصير مستهلكًا بجنسه بل يتقوى به ، وكل واحد منهما سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم . ولنا أن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب . فان قليل الماء إذا وقع في البحر لا يبقى لأجزائه منفعة لكثرة التفرق ، وإذا فانت المنفعة بسبب الغلبة بقي حكم الرضاع للكثير (وإن اختلط بالطعام فلا حكم له وإن غلب) وقالوا : إن غلب تعلق به التحريم . والخلاف في غير المطبوع . أما المطبوع لا تثبت به الحرمة بالإجماع . لهما أن حكم المغلوب لا يظهر في مقابلة الغالب فصار الحكم للبن وله أن الطعام يسلب قوة اللبن : ولا يكتفى بالصبي بشربه ، والتغذي يحصل بالطعام إذ هو الأصل فكان اللبن تبعًا ، بخلاف الدواء لأنه يقوى اللبن ويزيد في قوته .

وَتَتَعَلَّقُ الْحُرْمَةُ بِلَبَنِ الْمَرْأَةِ بَعْدَ مَوْتِهَا ، وَكَذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الْبَكْرِ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِلَبَنِ الرَّجُلِ وَلَا بِالْإِحْتِقَانِ . وَتَتَعَلَّقُ بِالْإِسْتِعَاطِ وَالْإِيْجَارِ ، وَإِذَا أَرْضَعَتْ امْرَأَتُهُ الْكَبِيرَةَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ حَرَّمَتَا عَلَى الزَّوْجِ ، وَلَا مَهْرَ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ الْمَهْرِ ، وَيَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْكَبِيرَةِ إِنْ كَانَتْ تَعَمَّدَتْ الْفَسَادَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي التَّعَمُّدِ مَعَ يَمِينِهَا .

(وتعلق الحرمة بلبن المرأة بعد موتها) لأنه سبب لإنبات اللحم وإنشاز العظم ، ومعنى الغذاء لا يزول بالموت وصار كما إذا حلب منها حال حياتها (وكذلك تعلق بلبن البكر) لما بينا . (ولا تعلق بلبن الرجل) لو نزل له لأنه ليس بلبن حقيقة ، لأن اللبن لا يكون إلا ممن يتصور منه الولادة كذا قالوا . قال (ولا بالاحتقان) لأنه لا يصل إلى المعدة فلا يحصل به النشوء والنشور وكذا إذا أقطر في إحليله أو أذنه أو جائفته أو أمة لما قلنا . وعن محمد أن الاحتقان ثبت به الحرمة قياسا على فساد الصوم . والفرق أن المفسد في الصوم التغذى أو التداوى وأنه حاصل بالاحتقان . أما الرضاع إنما يثبت بمعنى النشوء وأنه معدوم في الاحتقان قال (وتعلق بالاستعاط والإيجار) لأنه يصل إلى المعدة فيحصل به النشوء . امرأة أدخلت حلما ثديها في فم رضيع ، ولا يدرى أدخل اللبن في حلقة أم لا لا يحرم النكاح ، وكذا صبية أرضعها بعض أهل القرية ولا يدرى من هو فتزوجها رجل من أهل تلك القرية يجوز ، لأن إباحة النكاح أصل فلا يزول بالشك ؛ ويجب على النساء أن لا يرضعن كل صبي من غير ضرورة ، فإن فعلن فليحفظنه أو يكتبنه احتياطا . قال (وإذا أرضعت امرأة الكبيرة امرأة الصغيرة حرمتا على الزوج) لأنهما صارتا أما وبنتا ؛ والرضاع الطارىء على النكاح كالمقارن في التحريم كحرمة المصاهرة لأنه لا بقاء للشيء مع المنافى (ولا مهر للكبيرة إن كان قبل الدخول) لأن الفرقة جاءت من قبلها (وللصغيرة نصف المهر) لأن الفرقة ليست من قبلها ، ولا اعتبار باختيارها الإرضاع لأنها مجبولة عليه طبعاً (ويرجع به على الكبيرة إن كانت نعدت الفساد) لأنها مسببة للفرقة ، لأن إلقاء الثدي في فمها سبب لوصول اللبن إلى جوفها ؛ والتسبيب يشترط فيه التعدى كحافر البئر . وإن لم تتعمد الفساد فلا شيء عليها وإن علمت أنها زوجته لما بينا أنها مسببة ، والتعدى يثبت إذا علمت أنها زوجته وقصدت وقوع الفرقة بينهما ، ولو لم تعلم بالنكاح فلا شيء عليها ، وكذلك إن علمت بالنكاح لكن قصدت بالإرضاع دفع الجوع والهلاك عنها لأنها مأمورة بذلك ، وكذلك لو علمت بالنكاح دون الفساد لا تكون متعدياً (والقول قولها في التعمد مع يمينها) لأنها تنكر الضمان . ولو أرضعت زوجة الأب امرأة ابنه تحرم عليه لأنها صارت

كتاب الطلاق

وَهُوَ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ : أَحْسَنُ ، وَحَسَنٌ ، وَبِدْعِيٌّ . فَأَحْسَنُهُ أَنْ يُطْلَقَهَا وَاحِدَةً فِي طَهْرٍ لِاجْتِمَاعِ فِيهِ ، وَيَتْرُكُهَا حَتَّى تَنْقُضَى عِدَّتُهَا .

أخته من الأب . تزوج صغيرتين فأرضعتهما معا أو متعاقبا حرمتا عليه ، وعليه لكل واحدة نصف المهر لأنها مجبورة على الإرضاع بحكم الطبع ، ويرجع على المرضعة إن تعمدت الفساد على الوجه الذي بينا ؛ وإن كنّ ثلاثا فأرضعتهن على التعاقب حرمت الأولى ، والثانية دون الثالثة لأنها لما صارت أختا لهما لم يبق الجمع في النكاح ؛ وإن أرضعتهن معا ، بأن ألفت ثديها في فم اثنتين وكانت حلبت قبل ذلك فأوجرت الثالثة واتفق وصول اللبن إليهن معا حرمن جميعا ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الجنس ، والله أعلم .

كتاب الطلاق

وهو في اللغة : إزالة القيد والتخية ، تقول : أطلقت إبلِي وأطلقت أسيرِي . وفي الشرع : إزالة النكاح الذي هو قيد معني ، وهو قضية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع وضرب من المعقول . أما الكتاب فلقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - وقوله - الطلاق مرتان - والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والصبي » وقال عليه الصلاة والسلام « أبغض المباحات إلى الله الطلاق » وعلى وقوعه انعقد الإجماع ، ولأن استحابة البضع ملك الزوج على الخصوص ؛ والمالك الصحيح القول بملك إزالة ملكه كما في سائر الأملاك ، ولأن مصالح النكاح قد تنقلب مفسد ، والتوافق بين الزوجين قد يصير تنافرا ، فالبقاء على النكاح حينئذ يشتمل على مفسد من التباغض والعداوة والمقت وغير ذلك ، فشرع الطلاق دفعا لهذه المفسد ، ومضى وقع لغير حاجة فهو مباح مبغوض لأنه قاطع للمصالح ، وإنما أبيحت الواحدة للحاجة وهو الخلاص على ماتقدم ، وفي الحديث « ما خلق الله تعالى مباحا أحب إليه من لعناق ، ولا خلق مباحا أبغض إليه من الطلاق » .

(وهو على ثلاثة أوجه : أحسن ، و- سن ، وبدعي . فأحسنه أن يطلقها واحدة في طهر لاجتماع فيه ويتركها حتى تنقضي عدتها) لما روى عن إبراهيم النخعي أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون أن لا يطلقوا للسنة إلا واحدة ثم لا يطلقوا غيرها حتى تنقضي عدتها . وفي رواية : وكان ذلك أحسن عندهم من أن يطلق الرجل ثلاثا في ثلاثة أطهار ، ولأنه إذا جامعها لا يوم من الحبل وهو لا يعلم به ، فإذا ظهر ندم فكان ما ذكرناه أبعد من الندم فكان أولى ، وفي التي لا تحيض لصغر أو كبر يطلقها أي وقت شاء لعدم

وَحَسَنَهُ: أَنْ يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا فِي ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ وَلَا جِمَاعَ فِيهَا وَالشَّهْرُ الْآيِسَةُ
وَالصَّغِيرَةُ وَالْحَامِلُ كَالْحَيْضَةِ ، وَيَجُوزُ طَلَاقُهَا عَقِيبَ الْجِمَاعِ . وَالْبِدْعَةُ أَنْ
يُطَلِّقَهَا ثَلَاثًا أَوْ ثِنْتَيْنِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ أَوْ فِي طَهْرٍ لَارْجَعَةٍ فِيهِ ، أَوْ
يُطَلِّقَهَا وَهِيَ حَائِضٌ فَيَقَعُ وَيَكُونُ عَاصِيًا ،

ما ذكرنا ، ولأنه أبيع للحاجة على ما تقدم ، والحاجة تدفع بالواحدة (وحسنه) طلاق
السنة ، وهو (أن يطلقها ثلاثا في ثلاثة أطهار لاجماع فيها) لما روى « أن عبد الله بن عمر
رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض فقال عليه الصلاة والسلام : ما هكذا أمر ربك
يا ابن عمر ، إنما أمرك أن تستقبل الطهر استقبالا فتطلقها لكل طهر تطليقة » وفي رواية
قال لعمر « أخطأ ابنك السنة مره فليراجعها ، فإن طهرت فإن شاء طلقها طاهرا من غير
جماع أو حاملا قد استبان حملها ، فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء » (والشهر
للآيسة والصغيرة والحامل كالحيضة) لقيامه مقامها في العدة بنص الكتاب (ويجوز
طلاقهن عقيب الجماع) لما تقدم . وأما الحامل فانه زمان الرغبة في الوطء لكونه غير
معلق ، ويطلقها ثلاثا للسنة يفصل بين كل تطليقتين بشهر . وقال محمد : لا تطلق للسنة
إلا واحدة ، لأن الشهر إنما قام مقام الحيضة في الصغيرة والآيسة ، والحامل ليست
في معناها لأنها من ذوات الحيض فصارت كالمتد طهرها . ولهما أن الشهر دليل الحاجة
لأنه زمان تجدد الرغبة على ما عليه الطباع السليمة فصارت في معنى الآيسة ، والإباحة بقدر
الحاجة فصلح الشهر دليلا ، بخلاف الممتد طهرها ، لأن دليل تجدد الرغبة الطهر وهو
مرجوع في حقها دون الحامل فافترقا . وطلاق السنة في العدد والوقت على ما بينا ؛
والسنة في العدد يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها والصغيرة والآيسة ، والحامل
والحائل لما بينا أنها شرعت للحاجة والكل فيه سواء ؛ والسنة في الوقت تختص بالمدخول
بها لأن طهرا لاجماع فيه لا يتصور في غير المدخول بها ، ولأن المحذور هو تطويل العدة
لوقوع في الحيض فإنها لا تختص من العدة ، ولا عدة على غير المدخول بها (والبدعة أن
يطلقها ثلاثا أو ثنتين بكلمة واحدة ، أو في طهر لارجعة فيه ، أو يطلقها وهي حائض
فيقع ويكون عاصيا) أما الثلاث والثنيتين فلما بينا أنه خلاف السنة والمشروعية للحاجة
وهي تندفع بالواحدة . وأما حالة الحيض فلقوله عليه الصلاة والسلام في حديث ابن عمر
« قد أخطأ السنة » وأما الوقوع فلقوله عليه الصلاة والسلام لعمر « مر ابنك فليراجعها »
وكان طلقها حالة الحيض ، ولولا الوقوع لما راجعها . وكذلك روى أن ابن عمر قال
للنبي عليه الصلاة والسلام « رأيت لو طلقها ثلاثا أكانت تحل لي ؟ قال لا ويكون
معصية » وروى أن بعض أبناء عبادة بن الصامت طلق امرأته ألفا ، فذكر عبادة ذلك للنبي
عليه الصلاة والسلام ، فقال « بانت ثلاث في معصية ، وتسعمائة وسبع وتسعون فيما لا يملك »

وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس يبدعي ، وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يرأبها ، فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها ، وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر تطليقة ، وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن (ز) ؛ وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان ، ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق ؛

ولقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث . وأما كونه عاصيا فلمخالفة السنة وإجماع الصحابة ، وقوله : في طهر لارجعة فيه إشارة إلى مذهب أبي حنيفة ، وهو أنه لو طلقها في طهر لم يجامعها فيه فراجعها ثم طلقها لا يكره فيه ، وهو قول زفر ، وعندهما يكره ؛ وعلى هذا لو طلقها في الحيض ثم راجعها فطهرت فطلقها ؛ وكذا لو مسها بشهوة ثم قال لها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقعن للحال عنده ، لأن الأولى وقعت فصار مراجعا باللمس بشهوة فوقعت أخرى ، ثم صار مراجعا فوقعت الثالثة ؛ والشهر الواحد في حق الآيسة والصغيرة على الخلاف . فالحاصل أن الرجعة فاصلة بين الطلاقين عنده ، والنكاح فاصل بالإجماع . لهما أن بالطلاق في الطهر خرج من أن يكون وقتا لطلاق السنة ، ولهذا لو أوقعه قبل الرجعة يكره . وله أن بالمراجعة ارتفع حكم الطلاق الأول فصار كأن لم يكن ، فإذا ارتفع لا يصير جامعا والكراهة باعتباره ، ولأنها عادت إلى الحالة الأولى بسبب من جهته فصار كما لو أبانها في الطهر ثم تزوجها . قال (وطلاق غير المدخول بها حالة الحيض ليس يبدعي) لما مر . قال (وإذا طلق امرأته حالة الحيض فعليه أن يراجعها) لورود الأمر به في حديث ابن عمر رضي الله عنه على ما تقدم ، ولما فيه من رفع الفعل الحرام برفع أثره (فإذا طهرت فإن شاء طلقها وإن شاء أمسكها) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما . قال (وإذا قال لامرأته المدخول بها : أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر تطليقة) لأن معناه لوقت السنة . ووقتها طهر لإجماع فيه لما مر (وإن نوى وقوعهن الساعة وقعن) خلافا لزفر لأن الجمع بدعة فلا يكون سنة . ولنا أنه سئى وقوعا لإيقاعا ، لأننا إنما عرفنا وقوع الثلاث جملة بالسنة فكان محتمل كلامه فينتظمه عند النية دون الإطلاق . قال (وطلاق الحرّة ثلاث ، والأمة ثنتان . ولا اعتبار بالرجل في عدد الطلاق) لقوله تعالى - فطلقوهن لعدتهن - أي لأطهار عدتهن فتكون الطلاقات على عدد الأطهار ؛ وأطهار الحرّة في العدة ثلاثة والأمة ثنتان . فيكون التطليق كذلك . ولأن الحرّ لو ملك على الأمة ثلاثا للملك تفريقهن على أوقات السنة ولا يملك بالإجماع . وقال عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان ، وعدتها حيضتان » وأما قوله عايه الصلاة والسلام « الطلاق بالرجاء والعدة بالنساء » فعناه وجود الطلاق أو وقوع الطلاق بالرجاء . كما أن العدة

وَيَقَعُ طَلَاقُ كُلِّ زَوْجٍ عَاقِلٍ بَالِغٍ مُسْتَبْقِظٍ . وَطَلَاقُ الْمُكْرَةِ (ف) وَاقِعٌ ؛
وَطَلَاقُ السَّكَرَانِ وَاقِعٌ ؛ وَيَقَعُ طَلَاقُ الْأَخْرَسِ بِالْإِشَارَةِ ، وَكَذَلِكَ اللَّاعِبُ
بِالطَّلَاقِ وَالْمَازِلُ بِهِ ؛

بالنساء ؛ وأما قوله عليه الصلاة والسلام « لا يطلق العبد أكثر من اثنتين » يعني زوجته
الأمة توفيقا بين الأحاديث والدلائل ، أو لأن الغالب أن العبد إنما يتزوج الأمة ، فخرج
مخرج الغالب ، ولأن النكاح نعمة في حقها والرق مؤثر في تنصيف النعم ، فوجب أن يعتبر
برقها ، وقضيتها طلقة ونصف ، لكن لما لم تنصف الطلقة كلتا . قال (ويقع طلاق كل
زوج عاقل بالغ مستيقظ) لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع إلا طلاق الصبي
والمعتوه » وفي رواية « إلا طلاق الصبي والمجنون » ولا يقع طلاق الصبي والمجنون لما روينا ،
ولأنهما عديما العقل والتمييز والأهلية بهما ؛ ولو طلق الصبي أو النائم ثم بلغ أو استيقظ
وقال أجزت ذلك الطلاق لا يقع ، ولو قال : أوقعته وقع (وطلاق المكره واقع) لما روى
« أن امرأة اعتقلت زوجها وجلست على صدره ومعها شفرة وقالت : لتطلقني ثلاثا أو
لأقتلك فناشدها الله أن لا تفعل فأبت فطلقها ثلاثا ثم ذكر ذلك للنبي عليه الصلاة والسلام
فقال « لا قبلولة في الطلاق » ولأنه قصد الطلاق ولم يرض بالوقوع فصار كالمأزول ، ولأنه
معنى تقع به الفرقة فيستوى فيه الإكراه والطوع كالرضاع ، ثم عندنا كل ما صح فيه
شرط الخيار ، فالإكراه يؤثر فيه كالبيع والإجارة ونحوهما ؛ وما لا يصح فيه الشرط لا يؤثر
فيه كالنكاح والطلاق والعناق ونحوها . قال (وطلاق السكران واقع) وقال الطحاوي :
لا يقع ، وهو اختيار الكرخي اعتبارا بزوال عقله بالبنج والدواء . ولنا أنه مكلف بدليل
أنه مخاطب بأداء الفرائض ويلزمه حد القذف والقود بالقتل ، وطلاق المكلف واقع
كغير السكران ، بخلاف المبتنج لأنه ليس له حكم التكليف ، ولأن السكران بالخمر والنبيذ
زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا حتى لو شرب فصعد رأسه وزال عقله
بالصداع نقول لا يقع ، والغالب فيمن شرب البنج والدواء التداوى لا المعصية ، ولذلك
انتفى التكليف عنهم (ويقع طلاق الأخرس بالإشارة) والمراد إذا كانت إشارته معلومة
وقد عرف في موضعه . قال (وكذلك اللاعب بالطلاق والمأزول به) لقوله عليه الصلاة
والسلام « ثلاث جدّهن جدّ وهزلهن جدّ » : الطلاق والنكاح والعناق « وقال عليه الصلاة
والسلام » من طلق لاعبا جاز ذلك عليه « وعن أبي الدرداء أنه قال : من لعب بطلاق
أو عناق لزمه ، قال : وفيه نزل - ولا تتخذوا آيات الله هزوا - وكذلك إذا أراد غير
الطلاق فسبق لسانه بالطلاق وقع ، لأنه عدم القصد وهو غير معتبر فيه . وروى هشام
عن محمد عن أبي حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته اسقني الماء فقال أنت طالق وقع ؛
ويعمّ هذه الفصول كلها قوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق واقع » الحديث

وَمَنْ مَلَكَ امْرَأَتَهُ أَوْ شِقِصًا مِنْهَا أَوْ مَلَكَتَهُ أَوْ شِقِصًا مِنْهُ وَقَعَتِ الْفُرْقَةُ بَيْنَهُمَا .

وَصَرِيحُ الطَّلَاقِ لَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَهُوَ نَوَّعَانِ : أَحَدُهُمَا أَنْتِ طَالِقٌ وَمُطَلَّقَةٌ وَطَلَّقْتُكَ . وَالثَّانِي أَنْتِ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ الطَّلَاقُ ، وَأَنْتِ طَالِقٌ طَلَاقًا ، فَالْأَوَّلُ تَقَعُ بِهِ طَلَقَةٌ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَا تَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّانِيَيْنِ وَالثَّلَاثِ . وَالثَّانِي تَقَعُ بِهِ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ، وَتَصِحُّ فِيهِ نِيَّةُ الثَّلَاثِ دُونَ الثَّانِيَيْنِ (ز) ، وَلَوْ نَوَى يَقُولُهُ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَيَقُولُهُ طَلَاقًا أُخْرَى وَقَعَتَا ،

قال (ومن ملك امرأته أو شقصا منها ، أو ملكته أو شقصا منه وقعت الفرقة بينهما) لأن المالكية تمنع ابتداء النكاح لما سبق في النكاح فتمنعه بقاء كالحرمية والمصاهرة والرضاع .

فصل

(وصريح الطلاق لا يحتاج إلى نية) لأنه موضوع له شرعا فكان حقيقة ، والحقيقة لا تحتاج إلى نية ، ويعقب الرجعة لقوله تعالى - وبعولتهن أحقّ بردهنّ - ولو نوى الإدانة فهو رجعي لأنه نوى ضداً ما وضع له شرعا (وهو نوعان : أحدهما أنت طالق وهو طلاقك ، والثاني أنت الطلاق ، وأنت طالق الطلاق ، وأنت طالق طلاقاً . فالأول تقع به طلاق واحدة رجعية ولا تصحّ فيه نية الثنتين والثلاث) لأنه نعت فرد يقال للواحدة طالق وللثنتين طالقان وللثلاث طوالت . ونعت الفرد لا يحتمل العدد لأنه ضده ؛ ولئن قال قائل : ذكر الطالق ذكر للطلاق حتى صحّ ذكر العدد تفسيراً له وأنه دليل المصدرية والمصدر يحتمل الثلاث . قلنا هو ذكر لطلاق تنصف به المرأة ، والعدد المذكور بعده نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً كقولهم ضربته وجيعاً وأعطيته جزيلاً . (و) النوع (الثاني تقع به واحدة رجعية . وتصحّ فيه نية الثلاث دون الثنتين) لأنه ذكر المصدر وهو يحتمل العموم لأنه اسم جنس ويحتمل الأدنى ، فعند الإطلاق يحمل على الواحدة لأنه متيقن ، وإن نوى الثلاث وقعن لأنه محتمل كلامه ، وإنما لا تصحّ نية الثنتين لأنها جنس الطلاق لامن حيث العددية حتى لو كانت الزوجة أمة صحّت نية الثنتين من حيث الجنسية . وقال زفر : تصحّ نية الثنتين لأنها بعض الثلاث وجوابه ما قلنا (ولو نوى بقوله : أنت طالق واحدة ، وبقوله طلاقاً أخرى وقعتا) لأن كلّ واحد من اللفظين يحتمل الإيقاع فصار كقوله أنت طالق أنت طلاقاً فانه يقع ثنتان كذا ههنا ، وهكذا الحكم في قوله أنت طالق الطلاق ، ولو قال أنت طالق وقال غيبت به عن وثاق لا يصدق قضاء ، ولو قال عن .

وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد ، أو إلى جزء شائع منها وقع ، ونصف الطلقة تطليقة ، وكذلك الثلث ، وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث ، وثلاثة أنصاف تطليقة ثلاثان ،

العمل يدين أيضا ، ولو قال أنت طالق من وثاق أو من هذا القيد لم يقع شيء في القضاء ؛ ولو قال أنت طالق من هذا العمل وقع قضاء لادبانه ، ولو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ، ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق . قال (وإذا أضاف الطلاق إلى جملتها أو ما يعبر به عن الجملة كالرقبة والوجه والروح والجسد . أو إلى جزء شائع منها وقع) لأنها محل الطلاق ، فإذا قال أنت طالق فقد أضاف الطلاق إلى محله فيصح . وهذه الأشياء يعبر بها عن جملة البدن . قال تعالى - فتحرير رقبة - والمراد الجملة . ويقال يا وجه العرب ، وقال عليه الصلاة والسلام « لعن الله الفروج على السروج » ويقال : أنا بخير ما سلم رأسك وما بقيت روحك ويراد الجميع . والجسد عبارة عن الجميع وكذلك العنق . قال تعالى - فظلت أعناقهم - وكذلك الدم يقال دمه هدر . وهذا على ما ذكر في الكفالة أنه لو تكفل بدمه يصح ، وأشار في كتاب العتق أنه لا يقع لأنه قال : لو قال لعبدك دمه حر لا يعتق ، وفي الظهر والبطن روايتان ، وإنما يقع بالإضافة إلى هذه الأعضاء باعتبار أنه يعبر بها عن جميع البدن بالإضافة إليها حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه . أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لا يقع . وأما الجزء الشائع كالثالث والرابع فلا أنه قابل لسائر التصرفات بيعا وإجارة وغيرهما . ولهذا يصح إضافة النكاح إليه فكذا الطلاق ، لكن لا يتجزى في حكم الطلاق فيثبت في الكل ، ولو أضافه إلى اليد والرجل ونحوهما مما لا يعبر به عن البدن لا يقع كالأصبع والشعر لأنه أضافه إلى غير محله فصار كإضافته إلى الرقب والظفر ، وهذا لأن الطلاق رفع التيد ولا قيد في هذه الأعضاء لأنه لا يصح إضافة النكاح إليها . بخلاف الجزء الشائع على ما بينا . ولو تعارف قوم أن اليد يعبر بها عن البدن عرفا ظاهرا يقع الطلاق . قال (ونصف الطلقة تطليقة وكذلك الثلث) فلو قال لها أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة وقعت تطليقة ، لأن ذكر بعض ما لا يتجزى كذكر كله . وكذلك كل جزء شائع من التطليقة لما قلنا (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) لأن نصف التطليقتين واحدة فكأنه قال أنت طالق ثلاثا (وثلاثة أنصاف تطليقة ثنتان) لأن ثلاثة أنصاف تطليقة ونصف وإنه لا يتجزى فيكمل النصف فيصير تطليقتين . وقيل ثلاث لأنه يكمل كل نصف فيكون ثلاثا . ولو قال نصفى تطليقة فهي واحدة كنصفى درهم يكون درهما . ولو قال نصفى تطليقتين فثنتان كنصفى درهمين ، ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة يقع ثلاث ؛ ولو قال

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ وَاحِدَةٍ إِلَى ثَلَاثٍ يَقَعُ اثْنَتَانِ (سم) وَإِلَى اثْنَتَيْنِ يَقَعُ وَاحِدَةٌ (سم) ، وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةٌ فِي اثْنَتَيْنِ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَاثْنَتَيْنِ فِي اثْنَتَيْنِ اثْنَتَانِ وَإِنْ نَوَى الْحِسَابَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مِنْ هُنَا إِلَى الشَّامِ فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ بِمَكَّةَ أَوْ فِي مَكَّةَ طَلَّقْتَ فِي الْحَالِ فِي جَمِيعِ الْبِلَادِ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ غَدًا يَقَعُ بِطُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَلَوْ نَوَى آخِرَ النَّهَارِ صُدِّقَ دِيَانَةٌ ؛

نصف تطليقة وثلاثا وسدسها تقع واحدة لأنه أضاف الأجزاء إلى تطليقة واحدة ، وفي الأولى أضاف كل جزء إلى تطليقة منكورة ، فاقضى كل جزء تطليقة على حدة ، فإن جاوز المجموع الأجزاء كقوله نصف تطليقة وثلاثا وربعا قيل واحدة ، وقيل ثنتان وهو المختار ، لأن الزيادة على الواحدة من تطليقة أخرى ، فكأنه أوقع واحدة وبعض أخرى فتكامل ؛ ولو قال لنسائه ومن أربع : بينكن تطليقة تقع على كل واحدة تطليقة ، لأن الواحدة إذا قسمت بينهن أصاب كل واحدة ربعا فتكمل ؛ وكذلك ثنتان أو ثلاث أو أربع ، لأن الثنتين إذا قسمت بينهما أصاب كل واحدة نصف ، ومن الثلاث ثلاثة أرباع فتكمل ، ومن الأربع كل واحدة واحدة ، ولا يقسم كل واحدة وحدها لأن القسمة في الجنس الذي لا يتفاوت يقع على جملة ؛ وإنما يقسم الآحاد إذا كان متفاوتا ، فإن نوى قسمة كل واحدة بانفرادها وقع كذلك لأنه شدد على نفسه ؛ ولو قال خمس طلقت كل واحدة ثنتين وكذلك إلى ثمانية ؛ ولو قال تسع تطليقات طلقت كل واحدة ثلاثا لما مر ؛ ولو قال فلانة طالق ثلاثا وفلانة معها ، أو قال أشركت فلانة معها في الطلاق طلقنا ثلاثا ثلاثا ؛ ولو قال لأربع نسوة أنتن طوالق ثلاثا طلقت كل واحدة ثلاثا (ولو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث يقع ثنتان ، وإلى ثنتين تقع واحدة) وقالوا : يقع في الأولى ثلاث ، وفي الثانية ثنتان وقد مرت في الإقرار (ولو قال واحدة في ثنتين وقعت واحدة ، وثنتين في ثنتين اثنتان . وإن نوى الحساب) وقد مر في الإقرار أيضا . قال (ولو قال أنت طالق من هنا إلى الشام فهي واحدة رجعية) لأنه لم يردّها وصفا بقوله إلى الشام لأنها متى طلقت يقع في جميع الأماكن (ولو قال أنت طالق بمكة أو في مكة طلقت في الحال في جميع البلاد) لما بينا ، وإن غنى به إذا أتيت مكة لم يصدق قضاء لأن الإضمار خلاف الظاهر ، ولو قال : في دخولك مكة تعلق الطلاق بالدخول لأنه تعذر الظرفية والشرط قريب من الظرف فيحمل عليه . قال (ولو قال أنت طالق غدا تقع بطولوع الفجر) لأنه وصفها بالطالقية في جميع الغد فلزم أن تكون طالقا في جميعه ولا ذلك إلا بوقوعه في أول جزء منه (ولو نوى آخر النهار صدق ديانة) لاقضاء لأنه مخالف للظاهر ، إلا أنه يحتمل أنه تخصيص فيصدق ديانة ؛

وَلَوْ قَالَ : فِي غَدٍ صَحَّتْ قَضَاءٌ (سَم) أَيْضًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ الْيَوْمَ غَدًا ،
أَوْ غَدًا الْيَوْمَ يُؤْخَذُ بِأَوْ لَهَا ذِكْرًا ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ قَبْلَ أَنْ أَتَزَوَّجَكَ
فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا لَمْ أَطْلُقْكِ ، أَوْ مَتَى مَا لَمْ أَطْلُقْكِ ،
أَوْ مَتَى لَمْ أَطْلُقْكِ وَسَكَتَ طَلَّقَتْ ، وَإِنْ قَالَ : إِنْ لَمْ أَطْلُقْكِ ، أَوْ إِذَا
لَمْ (سَم) أَطْلُقْكِ ، أَوْ إِذَا مَا لَمْ (سَم) أَطْلُقْكِ لَمْ تَطْلُقِي حَتَّى تَمُوتَ ، وَلَوْ قَالَ
أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا مَا لَمْ أَطْلُقْكِ أَنْتِ طَالِقٌ فَهِيَ طَالِقٌ هَذِهِ الْوَاحِدَةَ ؛

(ولو قال في غد صحت قضاء أيضا) لأنه حقيقة كلامه لأن الظرف لا يوجب استيعاب
المظروف ، وإنما يتعين الجزء الأول عند عدم النية لعدم المراجعة ، وقالوا : هو والأول
سواء ، لأن المراد منهما الظرفية لأن نصب غدا على الظرفية فلا فرق . وجوابه أن قوله
غدا للاستيعاب ، ونظيره قوله لا أكلمك شهرا وفي الشهر ، ودهرا وفي الدهر ؛ وإذا كان
للاستيعاب فإذا نوى البعض فقد نوى التخصيص كما بينا ، وعلى هذا الخلاف أنت طالق
في رمضان ونوى آخره (ولو قال أنت طالق اليوم غدا ، أو غدا اليوم يؤخذ بأولهما ذكرا)
لأن قوله اليوم تنجيز فلا يتأخر ، وقوله غدا إضافة ، والتنجيز لإبطال للإضافة فيلغو .
قال (ولو قال أنت طالق قبل أن أتزوجك فليس بشيء) وكذا أمس وقد تزوجها اليوم
لأنه أسند إلى حالة منافية لوقوع الطلاق فلا يقع كقوله قبل أن أخلق ، ولو كان تزوجها
أول من أمس وقع الساعة في الفصل الثاني لأنه أوقع الطلاق في ملكه فيقع (ولو قال أنت
طالق ما لم أطلقك ، أو متى ما لم أطلقك ، أو متى لم أطلقك وسكت طلقت) لوجود شرط
الوقوع بالسكوت ، وهو زمان خال عن التطليق ، لأن هذه الألفاظ للوقت ؛ أما متى
ومتى ما فحقيقة فيه ، وأما ما فإنه يستعمل فيه ، قال تعالى - ما دمت حيا - أي وقت الحياة
(وإن قال إن لم أطلقك ، أو إذا لم أطلقك ، أو إذا ما لم أطلقك لم تطلق حتى تموت) لأن
هذه الألفاظ للشرط فكان الطلاق معلقا بعدم التعليق فلا يتحقق العدم إلا بالموت ، أما إن
فظاهر ، وأما إذا وإذا ما ف كذلك عنده ، وقالوا : هما بمعنى متى ، قال تعالى - إذا السماء
انشقت - وأمثالها والمراد الوقت ، ولأبي حنيفة أنها تستعمل للشرط أيضا ، قال :

* وإذا تصيبك خصاصة فتحمل * جزم بها وهي دليل الشرطية ، وإذا استعملت
في الأمرين لا يقع الطلاق بالشك لاحتمال إرادة كل واحد منهما على الانفراد ، بخلاف
قوله طلق نفسك إذا شئت حيث لا يخرج الأمر من يدها بالقيام عن المجلس ويحمل على
الوقت لأنه لما احتملها وقد ملكها فلا يخرج الأمر من يدها بالشك (ولو قال أنت طالق
ثلاثا ما لم أطلقك أنت طالق فهي طالق هذه الواحدة) لأنه وجد شرط البر وهو عدم الوقت

وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ وَإِنْ نَوَى ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنَا مِنْكَ بِإِثْنَيْنِ أَوْ عَلَيْكَ حَرَامٌ وَنَوَى الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةً بَائِنَةً ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ هَكَذَا وَأَشَارَ بِأَصَابِعِهِ الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَبِالْوَاحِدَةَ وَاحِدَةٌ ، وَبِالثَّنَتَيْنِ ثِنْتَانِ ، وَالْمُعْتَبَرُ الْمَنْشُورَةُ ، وَإِنْ أَشَارَ بِظُهُورِهَا فَالْمُعْتَبَرُ الْمَضْمُومَةُ .

الحال عن التطليق (ولو قال أنا منك طالق لم يقع شيء وإن نوى ، ولو قال أنا منك بائن أو عليك حرام ونوى الطلاق فواحدة بائنة) والفرق أن الطلاق لإزالة القيد ، والقيد قائم بالمرأة دون الرجل ، أو لإزالة الملك وهي المملوكة وهو المالك ؛ أما الإبانة فلقطع الوصلة والتحريم لرفع الحلق والوصلة ، والحلق مشترك بينهما فصحح إضايفهما إليهما دون الطلاق (ولو قال أنت طالق هكذا وأشار بأصابعه الثلاث فثلاث ، وبالواحدة واحدة ، وبالثنتين ثنتان ، والمعتبر المنشورة) لأنها للإعلام بالعدد ، قال عليه الصلاة والسلام « الشهر هكذا وهكذا وخمس إبهامه » وأراد في النوبة الثالثة التسعة وعليه العرف ، ولو أراد المضمومتين أو الكف لم يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر (وإن أشار بظهورها فالمعتبر المضمومة) لأنه يريد إعلام العدد بقدر المضمومة رجوعاً إلى العادة بين الناس ؛ ولو قال أنت طالق ولم يقل هكذا وقعت واحدة ، لأنه لما لم يذكر العدد بقي مجرد قوله أنت طالق فتقع واحدة ؛ ولو قال أنت طالق واحدة أو قال ثنتين أو قال ثلاثاً فانت بعد قوله أنت طالق قبل ذكر العدد لم يقع شيء ، لأنه متى ذكر العدد فالواقع هو العدد ، فإذا مات قبل ذكر العدد فانت المحل قبل الإيقاع فيبطل ؛ وفي الفتاوى : إذا قال أنت طالق كذا كذا طلقت ثلاثاً ، لأنه إذا أقر بكذا كذا لزمه أحد عشر على ما عرف ، فكأنه قال أنت طالق أحد عشر ؛ ولو قال كذلك طلقت ثلاثاً كذلك هنا .

فصل في وصف الطلاق

أصله أنه متى وصف الطلاق بوصف لا يوصف به ولا يحتمله وقع الطلاق وبطل الوصف كقوله أنت طالق طلاقاً لم يقع ، فانه يقع واحدة لأن الطلاق لم يوصف بذلك ، ومتى وقع الطلاق لا يرتفع ؛ وكذا إذا قال أنت طالق وأنا بالخيار ثلاثة أيام يقع ويبطل الشرط ، ومتى وصفه بوصف يوصف به ، فلا يخلو إما إن كان يني عن زيادة شدة وغلظة أولاً ، فإن كان لا يني عن ذلك فهو رجعي ، وإن كان يني فهو بائن ؛ مثال الأول : أنت طالق أفضل الطلاق أو أكمله أو أحسنه أو أعدله أو أسنّه أو خيره فانه تقع واحدة رجعية ، لأنه لا يوصف لها يني عن الشدة ، والبينونة وصف شدة فلا يقع .

وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ بَائِنٌ أَوْ أَفْحَشَ الطَّلَاقِ أَوْ أَخْبَثَهُ أَوْ أَشَدَّهُ أَوْ أَعْظَمَهُ أَوْ أَكْبَرَهُ أَوْ أَشْرَهُ أَوْ أَسْوَأَهُ أَوْ طَلَاقَ الشَّيْطَانِ أَوْ الْبِدْعَةِ أَوْ كَالْجَبَلِ أَوْ مِلءَ الْبَيْتِ ، أَوْ تَطْلِيْقَةً شَدِيدَةً أَوْ طَوِيلَةً أَوْ عَرِيْضَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ .

(و) مثال الثاني (لو قال : أنت طالق بائن أو أفحش الطلاق أو أخبثه أو أشده أو أعظمه أو أكبره أو أشره أو أسوأه أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو ملء البيت ، أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهي واحدة بائنة) لأن هذه الأوصاف تنبئ عن الشدة ، والباين : هو الشديد الذي لا يقدر على رجعتها ، بخلاف الرجعي لأنه ليس بشديد عليه حتى يملك رجعتها بدون أمرها . قال (وإن نوى الثلاث فثلاث) لأن الشدة والبدعة وطلاق الشيطان يتنوع إلى نوعين : شدة ضعيفة وقوية ، فالضعيفة الواحدة البائنة ، فعند عدم النية يتصرف إليها للتيقن ؛ وإذا نوى الثلاث فقد نوى أحد نوعيه فيصدق ، وكذا لو قال أنت طالق كآلف لأنه يشبه بها في القوة . قال * . وواحد كالألف إن أمر عني * . ويشبه بهائي العدد فأيهما نوى صح ، وعند عدمها يثبت الأقل لما مر . وعن محمد أنه يقع الثلاث عند عدم النية لأنه عدد فالظاهر هو التشبيه في العدد . ثم عند أبي حنيفة ومحمد متى شبه الطلاق فهو بائن ، لأن التشبيه يقتضي زيادة الوصف وذلك بالبينونة ، لأن عند عدم التشبيه يكون رجعيًا ، وعند أبي يوسف ، وقيل هو قول محمد إن ذكر العظم كان بائنا وإلا فلا ، وسواء كان المشبه به عظيمًا في نفسه أولا لأنه يحتمل التشبيه في نفس التوحيد ، فإذا ذكر العظم علمنا أنه أراد الزيادة . وعند زفر إن شبه بما هو عظيم في نفسه كان بائنا وإلا فهو رجعي ، والخلاف يظهر في قوله : أنت طالق مثل رأس الإبرة ، مثل عظم رأس الإبرة ، مثل الجبل ، مثل عظم الجبل ، فعند أبي حنيفة هو بائن في الجميع ، وعند أبي يوسف هو بائن في الثانية والرابعة ، رجعي في الباقي ؛ وعند زفر هو بائن في الثالثة والرابعة ، رجعي في الباقي ؛ ولو قال أنت طالق مثل عدد كذا لشيء لاعد له كالشمس والقمر فواحدة بائنة عند أبي حنيفة ، رجعية عند أبي يوسف ؛ ولو قال كالنجوم فواحدة عند محمد ، لأن معناه كالنجوم ضياء إلا أن ينوى العدد فثلاث ؛ ولو قال أنت طالق لا قليل ولا كثير يقع ثلاثا ؛ ولو قال لا كثير ولا قليل تقع واحدة فيثبت ضد ما نفاه أولا ، لأن بالنفي ثبت ضده فلا يرتفع ؛ ولو طلق امرأته واحدة رجعية ثم قال جعلتها بائنة أو ثلاثا يكون كذلك عند أبي حنيفة . وقال أبو يوسف : يصير بائنا لا ثلاثا لأن الواحدة لا تحتمل العدد وتحتمل التبديل إلى صفة أخرى . وقال محمد : لا يكون بائنا ولا ثلاثا لأنه إذا وقع بصفة لا يملك تغييره لأن تغيير الواقع لا يصح . ولأبي حنيفة أن الإبانة مملوكة له فيملك إثباتها بعد الإيقاع ويملك إيقاع العدد فيملك إلحاق الثنتين بالواحدة وضمهما إليها

وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ثَلَاثًا وَقَعَنَ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ
 وَطَالِقٌ ، أَوْ طَالِقٌ طَالِقٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ ، أَوْ وَاحِدَةٌ قَبْلَ وَاحِدَةٍ ،
 أَوْ بَعْدَهَا وَاحِدَةٌ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ قَالَ أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ قَبْلَهَا
 وَاحِدَةٌ ، أَوْ بَعْدَ وَاحِدَةٍ فَثِنْتَانِ ، وَلَوْ قَالَ : مَعَ وَاحِدَةٍ أَوْ مَعَهَا وَاحِدَةٌ
 فَثِنْتَانِ أَيْضًا ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ
 فَدَخَلْتَ وَقَعَتْ وَاحِدَةٌ (سم) ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ وَوَاحِدَةٌ إِنْ
 دَخَلْتَ الدَّارَ فَدَخَلْتَ وَقَعَتْ ثِنْتَانِ .

فصل

(ومن طلق امرأته قبل الدخول ثلاثا وقعن) لأن قوله أنت طالق ثلاثا لإيقاع المصدر
 محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة ، وليس قوله أنت طالق لإيقاعا على حدة (ولو قال
 أنت طالق وطالق ، أو طالق طالق ، أو واحدة وواحدة ، أو واحدة قبل واحدة ،
 أو بعدها واحدة وقعت واحدة) لأنه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر في آخره ما يغير
 صدره كان كل لفظ لإيقاعا على حدة ، فيقع الأول وتبين لآلى عدة فتصايفها الثانية وهي
 بائن فلا تقع . وأما القبلية والبعدية فالأصل فيها أنه متى ذكر حرف الظرف مقرونا بهاء
 الكناية بين طلاقين كان الظرف صفة للمذكور آخرها ، وإن لم يقرنه بهاء الكناية فهو صفة
 للمذكور أولا ، مثاله جاءني زيد قبله عمرو ، وجاءني زيد قبل عمرو ، فالقبلية في الأول
 صفة لعمرو ، وفي الثاني صفة لزيد ، فقوله أنت طالق واحدة قبل واحدة ، فالقبلية صفة
 للأولى ، والإيقاع في الماضي لإيقاع الحال ، لأن الإخبارات لإنشاءات شرعا فوقع
 الواحدة فبانث بها فلا يقع ما بعدها ، وقوله بعدها واحدة فالبعدية صفة للأخيرة وقد
 حصلت الإبانة قبلها فلا يقع (ولو قال أنت طالق واحدة قبلها واحدة ، أو بعد واحدة
 فثنتان) لأن القبلية صفة للأخرى فاقتضى إيقاعها في الماضي وإيقاع الأولى في الحال ،
 وقد بينا أن الإيقاع في الماضي لإيقاع في الحال فيقتربان . وفي المسألة الثانية البعدية صفة
 للأولى فاقتضى إيقاع الواحدة في الحال وإيقاع أخرى قبلها فيقتربان (ولو قال مع واحدة
 أو معها واحدة فثنتان أيضا) لأن كلمة مع للمقارنة (ولو قال لها إن دخلت الدار فأنت
 طالق واحدة وواحدة فدخلت وقعت واحدة) وقال ثنتان (ولو قال أنت طالق واحدة
 وواحدة إن دخلت الدار فدخلت وقعت ثنتان) بالإجماع . لهما أن حرف الواو للجمع
 المطلق ، والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ، ولا فرق بينهما إذا أخر الجزاء

وَكِنَايَاتُ الطَّلَاقِ لَا يَبْقَعُ بِهَا إِلَّا بِنِيَّةٍ أَوْ بِدَلَالَةِ الْحَالِ ، وَيَبْقَعُ بَائِنًا إِلَّا
اعْتَدَى وَاسْتَبْرَأَ رَحْمَتِي وَأَنْتِ وَاحِدَةٌ فَيَبْقَعُ بِهَا وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً .

أو قدمه لأنه تعليق بحرف الجمع . وله أن الشرط إذا تأخر بغير صدر الكلام فيتوقف عليه جميع
الكلام فتقع جملة ، أما إذا تقدم لا مغير له فلا يتوقف ، والجميع يحتمل الترتيب ويحتمل القران ،
فعلى تقدير احتمال الترتيب لا تقع إلا واحدة كما إذا صرح به فلا يقع الزائد عليه بالشك ؛
ولو عطف بحرف الفاء . قال الكرخي : هو على الخلاف ، وقال أبو الليث : تقع واحدة
بالإجماع لأن الفاء للتعقيب ، قالوا : وهو الأصح ، ولو قال لغير المدخول بها أنت طالق
طالق إن دخلت الدار بانت بالأولى ولم تتعلق بالثانية ، وفي المدخول بها تقع واحدة للحال
وتتعلق الثانية بالدخول .

فصل

(وكنایات الطلاق لا يقع بها إلا بنية أو بدلالة الحال) لاحتمالها الطلاق وغيره لأنها
غير موضوعة له فلا يتعين إلا بالتعيين ، وهو أن ينويه أو تدل عليه الحال فتترجح إرادته .
قال (ويقع بائنا) لأنه يملك إيقاع البائن وأنه أحد نوعي البينة فيملكه كالثلاث وقد
أوقعه بقوله أنت بائن أو أنت طالق بائن أو أبنتك بطلقة ونحو ذلك ، فإن هذه الألفاظ تدل
على البينة بصريحها ومعناها ، فإن قوله بائن صريح : وبنة وبتلة يثبتان عن القطع وذلك
في البائن دون الرجعي ، وكذا سائر الألفاظ إذا تأملت معناها . قال (إلا اعتدى واستبرأ)
رحمك وأنت واحدة فيقع بها واحدة رجعية) لأن قوله اعتدى يحتمل اعتدى نعم الله تعالى ،
ويحتمل اعتدى عدة الطلاق فاذا نواها يصير كأنه قال طلقتك فاعتدى ، وذلك يوجب
الرجعة . وأما قوله استبرأ رحمك فلائنه يستعمل للعدة إذ هو المقصود منها ، ويحتمل
استبرأ لأطلقك ، فإن نوى الأول كان في معناه فيكون رجعيا لما مر ، وقوله أنت واحدة
يصلح نعتا لمصدر محذوف ويصلح وصفا لها بالتوحيد عنده ، فاذا نوى الطلاق تعين الأول
ومثله جائز كقوله أعطيتك جزيلا : أى عطاء جزيلا ، وإذا احتمله فاذا نواه تعين مجعلا
فيصير كأنه قال أنت طالق بطلقة واحدة ؛ ولو قال ذلك كان رجعيا فكذا هذا ، ولهذا قال
بعض أصحابنا : إذا أعرب الواحدة بالرفع لا يقع شيء وإن نوى لأنه صفة لشخصها
وإن أعرب بالنصب تقع واحدة من غير نية لأنه نعت مصدر محذوف ، وإن سكر
يحتاج إلى نيته ، وعامة المشايخ قالوا : الكل سواء ، لأن العامة لا يميزون بين ذلك
فلا يبنى حكم يرجع إليهم عليه ، ولا يقع بهذه الألفاظ الثلاثة إلا واحدة ، لأن قوا
أنت طالق مضمر فيها أو مقتضى ، ولو أظهر لا يقع إلا واحدة لما بينا ، كذا هذا

وَالْفَاطُ الْبَائِنُ قَوْلُهُ : أَنْتِ بَائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنِي ، اسْتَتَرِي ، أَنْتِ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرِجِي ، ابْتَغِي الْأَزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ ، وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ ، وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ ،

قال (وَالْفَاطُ الْبَائِنُ قَوْلُهُ : أَنْتِ بَائِنٌ ، بَتَّةٌ ، بَتْلَةٌ ، حَرَامٌ ، حَبْلُكَ عَلَى غَارِبِكَ ، خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ ، وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، فَارَقْتُكَ ، أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، تَقَنَّنِي ، اسْتَتَرِي ، أَنْتِ حُرَّةٌ ، اغْرُبِي ، اخْرِجِي ، ابْتَغِي الْأَزْوَاجَ ؛ وَيَصِحُّ فِيهَا نِيَّةُ الْوَاحِدَةِ وَالثَّلَاثِ) لِأَنَّ الْبَيْنُونَ خَفِيفَةٌ وَغَلِيظَةٌ فَأَيُّهُمَا نَوَى صَحَّ ، وَإِنْ نَوَى نَفْسَ الطَّلَاقِ فَوَاحِدَةً لِأَنَّهُ الْأَدْنَى (وَلَوْ نَوَى الثَّانِيَيْنِ فَوَاحِدَةً) لِأَنَّهُمَا عَدَدٌ وَالْفَرْقُ لَا يَدُلُّ عَلَى الْعَدَدِ ، وَفِيهِ خِلَافٌ زَفَرٌ وَقَدْ تَقَدَّمَ ، وَلَا يَقَعُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ أَوْ فِي حَالِ مَذَاكِرَةِ الطَّلَاقِ لِأَنَّهُ دَلِيلٌ عَلَيْهِ فَيَقَعُ فِي الْقَضَاءِ وَلَا يَقَعُ دِيَانَةً إِلَّا بِالنِّيَّةِ ، وَتَقَعُ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ أَدْنَى . ثُمَّ هِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ : مِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِغَيْرِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، اخْتَارِي ، اعْتَدِي . وَمِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِغَيْرِ وَهِيَ سَبْعَةٌ : اخْرِجِي ، اذْهَبِي ، اغْرُبِي ، قُومِي ، تَقَنَّنِي ، اسْتَتَرِي ، تَحْمَرِي . وَمِنْهَا مَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِشَيْئَةٍ وَهِيَ خَمْسَةٌ : خَلِيَّةٌ ، بَرِيَّةٌ ، بَتَّةٌ ، بَائِنٌ ، حَرَامٌ . وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ أَلْحَقَ بِالْقِسْمِ الْأَوَّلِ خَمْسَةَ أُخْرَى : خَلِيَّتُ سَبِيلِكَ ، سَرَحْتُكَ ، لَامَكَ لِي عَلَيْكَ ، لَأَسْبِيلُ لِي عَلَيْكَ ، الْحَقُّ بِأَهْلِكَ . وَالْأَحْوَالُ ثَلَاثَةٌ : حَالَةٌ مُطْلَقَةٌ وَهِيَ حَالَةُ الرِّضَا ، وَحَالَةٌ مَذَاكِرَةِ طَلَاقِهَا ، وَحَالَةُ غَضَبٍ . أَمَّا حَالَةُ الرِّضَا فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا بِالنِّيَّةِ لَمَّا تَقَدَّمَ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُ الزَّوْجِ فِي عَدَمِ النِّيَّةِ لِأَنَّهُ لَا يَطْلُعُ غَيْرُهُ عَلَيْهِ وَالْحَالُ لَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَفِي حَالِ مَذَاكِرَةِ الطَّلَاقِ يَقَعُ الطَّلَاقُ قَضَاءً وَلَا يَصْدُقُ عَلَى عَدَمِهِ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا وَرَدًّا لِأَنَّهُ لَا يَحْتَمِلُ الرَّدَّ وَهُوَ الْأَدْنَى فَيَصْدُقُ فِيهِ . وَفِي حَالَةِ الْغَضَبِ يَصْدُقُ إِلَّا فِيمَا يَصْلُحُ جَوَابًا لِغَيْرِ ، لِأَنَّهُ يَصْلُحُ لِلطَّلَاقِ الَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ الْغَضَبُ فَيَجْعَلُ طَلَاقًا . قَالَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا اخْتَارِي يَنْوِي الطَّلَاقَ فَلَهَا أَنْ تُطَلَّقَ نَفْسَهَا فِي مَجْلِسٍ عَلَيْهَا) فَإِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً فَبَسْمَاعِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ غَائِبَةً فَبِالْإِخْبَارِ لِأَنَّ الْخَبْرَ لَهَا الْمَجْلِسُ بِاجْمَاعِ الصَّحَابَةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، وَلِأَنَّهُ مَلِكُهَا فَعَلِ الْإِخْتَارَ ، وَالتَّوَلَّىكَاتُ تَقْتَضِي جَوَابًا فِي الْمَجْلِسِ كَالْبَيْعِ وَالْهَبَةِ وَنَحْوَهُمَا (وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا بِالْقِيَامِ) لِأَنَّهُ دَلِيلُ الْإِعْرَاضِ (وَيَتَبَدَّلُ الْمَجْلِسُ) حَقِيقَةً بِالانتِقَالِ إِلَى مَجْلِسٍ آخَرَ ، وَمَعْنَى بَتَبَدَّلَ الْأَفْعَالُ فَمَجْلِسُ الْأَكْلِ غَيْرُ مَجْلِسِ الْقِتَالِ ، وَمَجْلِسُ الْقِتَالِ غَيْرُ مَجْلِسِ الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ ؛ وَيَبْطُلُ بَتَبَدَّلَ الْمَجْلِسِ . وَإِنْ كَانَتْ مَعْدُورَةً فَانْ مُحَمَّدًا

فَإِذَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَلَا يَكُونُ ثَلَاثًا وَإِنْ نَوَّاهَا ، وَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ النَّفْسِ أَوْ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ فِي كَلَامِهِ أَوْ كَلَامِهَا ،

رحمه الله قال : إذا أخذ الزوج بيدها وأقامها من المجلس بطل خيارها ، ولو كانت في صلاة مكتوبة أو وتر فأتمتها لا يبطل ، وكذا في التطوع إن تمت ركعتين لأنها ممنوعة عن قطعها ، وإن تمت أربعاً بطل لأن الزيادة على ركعتين في النفل كاللدخول في صلاة أخرى . وعن محمد في الأربع قبل الظهر لا تبطل وإن أتمتها أربعاً ، وهو الصحيح ، ولو كانت قائمة فقعدت فهي على خيارها لأنه دليل التروى ، فإن القعود أجمع للرأى ، وكذا إذا كانت قاعدة فاتكأت ، أو متكئة فقعدت ، لأنه انتقال من جلسة إلى جلسة وليس باعراض ، كما إذا تربعت بعد أن كانت محتبة . وقيل إذا كانت قاعدة فاتكأت بطل خيارها لأنه إظهار للتهاون بالأمر فكان إعراضاً ، والأول أصح ، ولو كانت قاعدة فاضطجعت فمن أبي يوسف روايتان ، وإن كانت تسير على دابة أو في حمل فوقفت فهي على خيارها ، وإن سارت بطل خيارها ، إلا أن تختار مع سكوت الزوج ، لأن سير الدابة ووقوفها مضاف إليها ، فإذا سارت كان كمجلس آخر (فإذا اختارت نفسها فهي واحدة بائنة) لأن اختيارها نفسها يوجب اختصاصها بها دون غيرها وذلك بالبينونة (ولا يكون ثلاثاً وإن نواها) لأن الاختيار لا يتنوع (ولا بد من ذكر النفس أو ما يدل عليه في كلامه أو كلامها) مثل أن يقول اختارى نفسك فتقول اخترت ، أو يقول لها اختارى فتقول اخترت نفسي لأن ذلك عرف بإجماع الصحابة ، وأنه المفسر من أحد الجانبين ، ولأن المبهم لا يصلح تفسيراً للمبهم ، حتى لو قال لها اختارى ، فقالت اخترت فليس بشيء ، لأن الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق وضعا ، وإنما جعل بالسنة فيما إذا كان مفسراً ، فإذا لم يكن كذلك لا يقع به شيء ، ولأن قوله اختارى ، وقولها اخترت ليس له مخصص بها فلا يقع الطلاق ، فإذا ذكرت النفس تخصص الاختيار لها فيقع . وقال في المحيط : ولا بد من ذكر النفس أو التطليقة أو الاختيار في أحد الكلامين لوقوع الطلاق ؛ أما ذكر النفس فلما ذكرنا ؛ وأما ذكر التطليقة فظاهر ؛ وأما الاختيار فلأن الهاء تنبئ عن التفرد ، واختيارها نفسها هو الذي يتحد مرة ويتعد أخرى ، فصار مفسراً من جانبه . والقياس أن لا يقع بالتخير طلاق ، إن نوى ، لأنه لا يملك إيقاع الطلاق بهذا اللفظ فلا يملك التفويض إلى غيره ، ولأن قولها أنا أختار نفسي يحتمل الوعد فلا يكون جواباً مع الاحتمال . وجه الاستحسان إجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولأن الشرع جعل هذا إيجاباً وجواباً لما روى أنه لما نزل قوله تعالى - يا أيها النبي قل لأزواجك إن كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها - الآية ، « بدأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بعائشة رضي الله عنها ، فقال : إني أخبرك بشيء فما عليك ألا تجيبيني حتى تستأمرى أبويك ثم أخبرها بالآية ، فقالت : أفى هذا أستأمر

وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ
اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثُ (سم) ، وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْتُ
نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ اخْتَارِي نَفْسَكَ
أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيقَةٍ ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ
خَيْرَهَا فَقَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لِابْتِقَ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لِابْتِقَ ، وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ ، وَالْأَمْرُ بِالْيَدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَتَوَى
الْثَّلَاثَ صَحَّ ؛

أَبُو يَارَسُولَ اللَّهِ ؟ لَا ، بَلْ اخْتَارَ اللَّهُ وَرَسُولُهُ ، وَأَرَادَتْ بِذَلِكَ الْاِخْتِيَارَ لِلْحَالِ ، وَأَعَدَّةُ
رَسُولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَوَابًا وَإِيجَابًا ، وَلَٰنَ لَهُ أَنْ يَسْتَدِيمَ النِّكَاحَ وَلَهُ أَنْ يَفَارِقَهَا ،
فَلَهُ أَنْ يَقِيمَهَا مَقَامَ نَفْسِهِ فِي ذَلِكَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : اخْتَارِي اخْتَارِي اخْتَارِي ، فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ اخْتِيَارَةً ، أَوْ قَالَتْ : اخْتَرْتُ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَهِيَ ثَلَاثُ) وَلَا
يَحْتَاجُ إِلَى نِيَةِ الزَّوْجِ ، لِأَن تَكَرَّرَ هَذَا الْكَلَامُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الطَّلَاقِ دُونَ غَيْرِهِ . أَمَّا قَوْلُهَا
اخْتِيَارَةً فَلِأَنَّهَا لِلْمَرَّةِ ، وَلَوْ صَرَحَتْ بِالْمَرَّةِ كَانَتْ ثَلَاثًا فَكَذَا هَذَا ، وَلِأَنَّهَا لِلتَّأْكِيدِ وَالتَّأْكِيدُ
بِقَوْلِ الثَّلَاثِ . وَأَمَّا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةَ فَذَهَبَ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَا نَفَعَ
وَاحِدَةً ، لِأَن ذِكْرَ الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى أَوِ الْآخِرَةِ إِنْ كَانَ لَا يَفِيدُ التَّرْتِيبَ يَفِيدُ الْإِفْرَادَ
لِأَنَّهُ يَدُلُّ عَلَيْهِ فَيُعْتَبَرُ فِيهِ . وَلَهُ أَنَّهَا إِنَّمَا تَنْصَرِّفُ فِيهَا مَلَكَتَهُ ، إِذَا اجْتَمَعَ فِي الْمَلِكِ كَالْمَجْتَمَعِ
فِي الْمَكَانِ ، وَذَلِكَ لَا يَحْتَمِلُ التَّرْتِيبَ ، فَإِنَّ الْقَوْمَ الْمَجْتَمِعِينَ فِي مَكَانٍ لَا يَقَالُ هَذَا أَوَّلُ وَهَذَا
آخِرُ ، وَيَقَالُ هَذَا جَاءَ أَوَّلًا وَهَذَا آخِرًا ، فَيَكُونُ التَّرْتِيبُ فِي مَجِيئِهِمَا لِأَنَّهُمَا لَاقِيَا ذَاتَهُمَا ، وَإِذَا
كَانَ كَذَلِكَ لَغَا قَوْلُهَا الْأُولَى أَوِ الْوُسْطَى فَبَقِيَ قَوْلُهَا اخْتَرْتُ ؛ وَلَوْ قَالَتْ اخْتَرْتُ وَسَكَتْ
وَقَعَتِ الثَّلَاثُ كَذَا هَذَا (وَلَوْ قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي أَوْ اخْتَرْتُ نَفْسِي بِتَطْلِيقَةٍ فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَنَّهَا اخْتَارَتْ نَفْسَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لِأَن هَذَا يُوجِبُ الْإِنْطِلَاقَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ
(وَلَوْ قَالَ : اخْتَارِي نَفْسَكَ أَوْ أَمْرَكَ بِيَدِكَ بِتَطْلِيقَةٍ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا فَهِيَ وَاحِدَةٌ رَجْعِيَّةٌ)
لِأَن ذِكْرَ الطَّلَاقِ يَعْقِبُ الرُّجْعَةَ ، وَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ : طَلَّقِي نَفْسَكَ (وَلَوْ خَيْرَهَا فَقَالَتْ :
اخْتَرْتُ نَفْسِي لِأَبْلِ زَوْجِي لِابْتِقَ) لِأَنَّهُ لِلْإِضْرَابِ عَنِ الْأَوَّلِ فَلَا يَقَعُ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي
أَوْ زَوْجِي لِابْتِقَ) لِأَن أَوَّ الشُّكِّ فَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِالشُّكِّ ، وَخَرَجَ الْأَمْرُ مِنْ يَدِهَا لِاسْتِغْلَالِهَا
بِشَيْءٍ آخَرَ (وَلَوْ قَالَتْ : نَفْسِي وَزَوْجِي طَلَّقْتُ) وَلَا يَصِحُّ الْعُطْفُ (وَالْأَمْرُ بِالنَّيِّدِ
كَالتَّخْيِيرِ يَتَوَقَّفُ عَلَى الْمَجْلِسِ) عَلَى مَا ذَكَرْنَا (إِلَّا أَنَّهُ إِذَا قَالَ : أَمْرَكَ بِيَدِكَ وَنَوَى الثَّلَاثَ
صَحَّ) لِأَنَّهُ بِحَتْمِ الْعُمُومِ وَالْخُصُوصِ ، وَالْاِخْتِيَارَ لَا يَحْتَمِلُ الْعُمُومَ ، فَإِنَّ الْأَمْرَ بِالْيَدِ

وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا يَقَعُ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ فِي الْمَجْلِسِ وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ ، وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ ، وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ (ز) إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ ، وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا يَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ . وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتُ نَفْسِي طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّي بَائِنٌ ، أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ ،

يُنْبِئُ عَنْ التَّمْلِيكِ وَضَعًا ، قَالَ تَعَالَى - وَالْأَمْرُ يَوْمُئِذٍ لِلَّهِ - وَالِاخْتِيَارُ عَرَفُ تَمْلِيكِكَ شَرعًا لِأَوْضَعًا ، وَالْإِجْمَاعُ انْعِقَادُ الطَّلَاقِ الْوَاحِدَةِ لِأَغْيَرِ ، فَلِهَذَا صَحَّتْ نِيَّةُ الثَّلَاثِ فِي الْأَمْرِ بِالْيَدِ دُونَ التَّخْيِيرِ (وَلَوْ قَالَتْ فِي جَوَابِ الْأَمْرِ بِالْيَدِ : اخْتَرْتُ نَفْسِي بِوَاحِدَةٍ فَهِيَ ثَلَاثٌ) لِأَنَّهَا صِفَةُ الْإِخْتِيَارِ ، لِأَنَّ الْإِخْتِيَارَ تَصْلُحُ جَوَابًا لِلْأَمْرِ بِالْيَدِ لِكُونِهِ تَمْلِيكًا كَالْتَّخْيِيرِ فَصَارَ كَمَا إِذَا قَالَتْ : اخْتَرْتُ نَفْسِي مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِذَلِكَ يَقَعُ الثَّلَاثُ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا) قَبْلَ لَا يَقَعُ ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ (يَقَعُ) وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَمْرُكَ بِيَدِكَ إِنْ طَلَّقْتَ نَفْسَهَا كَمَا وَقَعْتَ قَدَمَهَا فِيهَا طَلَّقْتَ ، وَإِنْ طَلَّقْتَ بَعْدَ مَا شِئْتَ خَطْوَتَيْنِ لَمْ تَطْلُقْ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ فَلَهَا أَنْ تَطْلُقَ فِي الْمَجْلِسِ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ لَا تَكُونُ وَكِيلَةً فِي حَقِّ نَفْسِهَا فَكَانَ تَمْلِيكًا (وَتَقَعُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَنْهُ) لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ فِيهِ مَعْنَى التَّعْلِيْقِ ، لِأَنَّهُ عُلِقَ الطَّلَاقُ بِتَطْلِيلِهَا ، وَكَذَا قَوْلُهُ أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ شِئْتَ أَوْ أَحْبَبْتَ أَوْ هَوَيْتَ أَوْ أَرَدْتَ أَوْ رَضِيتَ ، لِأَنَّ كُلَّهُ تَعْلِيْقٌ بِفَعْلِ الْقَلْبِ فَهُوَ كَالِاخْتِيَارِ (وَإِنْ طَلَّقَتْ نَفْسَهَا ثَلَاثًا وَقَدْ أَرَادَهَا الزَّوْجُ وَقَعَنَ) لِأَنَّ مَعْنَاهُ أَفْعَلُ الطَّلَاقِ وَهُوَ اسْمُ جِنْسٍ فَيَتَنَاوَلُ الْأَدْنَى مَعَ الْجَمِيعِ كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْأَجْنَاسِ فَتَصِحُّ نِيَّةُ الثَّلَاثِ وَيَنْصَرَفُ إِلَى الْأَدْنَى عِنْدَ عَدَمِهَا عَلَى مَا مَرَّ (وَلَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ عَدَدٌ خِلَافًا لَزَفَرٍ وَقَدْ بَيَّنَّاهُ (إِلَّا أَنْ تَكُونَ أَمَةً فَيَصِحُّ) لِأَنَّهُ الْجِنْسُ فِي حَقِّهَا (وَلَوْ كَانَتْ حُرَّةً وَقَدْ طَلَّقَهَا وَاحِدَةً لَا تَصِحُّ نِيَّةُ الثَّنَتَيْنِ) لِأَنَّهُ لَيْسَ بِجِنْسٍ فِي حَقِّهَا (وَلَوْ قَالَتْ : أَبْنَتُ نَفْسِي طَلَّقْتُ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً) لِأَنَّ الْإِبَانَةَ مِنَ الْأَفَافِ الطَّلَاقِ ، إِلَّا أَنَّهَا زَادَتْ فِيهَا وَصْفَ الْإِبَانَةِ فَيُلْغَوُ ، كَمَا إِذَا قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي بَائِنَةً . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ : لَا يَقَعُ شَيْءٌ لِأَنَّهَا أَنْتَ بَغَيْرِ مَا فَوَّضَ إِلَيْهَا ، وَيَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ كَمَا فِي الْخُبْرَةِ لِأَنَّهُ تَمْلِيكٌ أَيْضًا (وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَمْرُكَ بِيَدِكَ ، فَقَالَتْ : أَنْتَ عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ أَنْتَ مِنِّي بَائِنٌ ، أَوْ أَنَا عَلَيْكَ حَرَامٌ ، أَوْ أَنَا مِنْكَ بَائِنٌ ، فَهُوَ جَوَابٌ وَطَلَّقَتْ) لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ تَفِيدُ الطَّلَاقَ كَمَا إِذَا قَالَتْ طَلَّقْتُ نَفْسِي ، وَلَوْ قَالَتْ أَنْتَ مِنِّي طَالِقٌ لَمْ يَقَعِ

وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا مَا شِئْتَ لَا يَتَقَيَّدُ
بِالْمَجْلِسِ ، وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ ، وَكَذَا لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي امْرَأِي ، وَلَوْ
قَالَ لَهَا : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ عَلَى الْمَجْلِسِ (ز) ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ
كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفْرُقَ الثَّلَاثَ وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا ، وَلَوْ قَالَ طَلَّقِي
نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ
ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ (س) ؛

شَيْءٌ (وَلَوْ قَالَتْ : أَنَا مِنْكَ طَالِقٌ ، أَوْ أَنَا طَالِقٌ وَقَعَ) لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تُوصَفُ بِالطَّلَاقِ دُونَ
الرِّجَالِ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ مَتَى شِئْتَ ، أَوْ مَتَى مَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا شِئْتَ ، أَوْ إِذَا
مَا شِئْتَ لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ) لِأَنَّهَا لِعُمُومِ الْأَوْقَاتِ كَأَنَّهُ قَالَ : فِي أَيِّ وَقْتٍ شِئْتَ ، وَهَذَا
فِي مَتَى وَمَتَى مَا ظَاهِرٌ ؛ وَأَمَّا إِذَا وَإِذَا مَا فَقَدْ سَبَقَ الْكَلَامُ فِيهِ وَالْعُذْرُ عَنْهُ (وَلَوْ رَدَّتْهُ لَا يَرْتَدُّ)
لَأَنَّهُ مُلْكُهَا الطَّلَاقُ فِي أَيِّ وَقْتٍ شَاءَتْ فَلَمْ يَكُنْ تَمْلِكُهَا قَبْلَ الْمَشِئَةِ فَلَا يَرْتَدُّ بِالرَّدِّ (وَكَذَا
لَوْ قَالَ لِغَيْرِهِ : طَلَّقِي امْرَأَتِي) لَا يَتَقَيَّدُ بِالْمَجْلِسِ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ شِئْتَ اقْتَصِرَ
عَلَى الْمَجْلِسِ) وَقَالَ زَفَرٌ : هُوَ وَالْأَوَّلُ سَوَاءٌ لِأَنَّهُ تَوَكَّلَ كَمَا إِذَا سَكَتَ عَنِ الْمَشِئَةِ . وَلَنَا أَنَّهُ
تَمْلِكُهَا حَيْثُ عُلِقَ بِهَا ، وَالْمَالِكُ يَتَصَرَّفُ بِالْمَشِئَةِ ، وَالتَّمْلِكُ يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَجْلِسِ لَمَّا
عُرِفَ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتَ طَالِقٌ إِنْ أَحْبَبْتَ ، فَقَالَتْ شِئْتَ وَقَعَ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ شِئْتَ فَقَالَتْ
أَحْبَبْتَ لَا يَقَعُ ؛ وَالْفَرْقُ أَنَّ الْمَشِئَةَ إِرَادَةٌ وَإِحْبَابٌ وَفِيهَا مَعْنَى الْحُبِّ وَزِيَادَةٌ فَقَدْ وَجَدَ الشَّرْطُ فِي
الْأَوَّلِ وَزِيَادَةُ الْحُبِّ لَيْسَ فِيهَا إِجْبَابٌ فَلَمْ يَوْجَدْ فِي الْمَسْئَلَةِ الثَّانِيَةِ الْمَشِئَةَ بِتِلْكَ الصِّفَةِ فَلَمْ يَوْجَدْ
الشَّرْطَ (وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ كُلَّمَا شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تَفْرُقَ الثَّلَاثَ) لِأَنَّ كُلَّمَا تَقْتَضِي تَكَرُّرَ
الْفِعْلِ وَيَقْتَصِرُ عَلَى الْمَمْلُوكِ مِنَ الطَّلَاقِ فِي النِّكَاحِ الْقَائِمِ حَتَّى لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا عَادَتْ إِلَيْهِ بَعْدَ زَوْجٍ
آخَرَ لِأَنَّ التَّمْلِكَ التَّطْلِيقَ (وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَجْمَعَهَا) لِأَنَّهُا تَوْجِبُ عُمُومَ الْإِنْفِرَادِ لِاعُمُومِ الْجَمْعِ
وَقَالَ زَفَرٌ : لَا يَقْتَصِرُ عَلَى الْمَمْلُوكِ فِي النِّكَاحِ حَتَّى كَانَ لَهَا أَنْ تَطْلُقَ نَفْسَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ
عَمَلًا بِحَقِيقَةِ كَلِمَةِ كُلَّمَا . وَلَنَا أَنَّهُ تَمْلِكُهَا ، فَلَا يَصِحُّ إِلَّا فِيهَا هُوَ فِي مُلْكِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ أَكْثَرَ
مِنَ الثَّلَاثِ . وَعَلَى هَذَا الْإِبْلَاءُ إِذَا وَجَّهَ بِهِ ثَلَاثَ طُلُقَاتٍ ثُمَّ عَادَتْ إِلَيْهِ لَا يَعُودُ الْإِبْلَاءُ
عِنْدَنَا ، وَعِنْدَهُ يَعُودُ (وَلَوْ قَالَ : طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً فَهِيَ وَاحِدَةٌ) لِأَنَّهُا
أَوْقَعَتْ بَعْضُ مَا مَلَكَتْ (وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً فَطَلَّقَتْ ثَلَاثًا لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) عِنْدَ أَيْ حَنِيفَةٍ ،
وَقَالَا : تَقَعُ وَاحِدَةٌ لِأَنَّهُ مَلَكَتْ الْوَاحِدَةَ ، وَقَدْ أَنْتَ بِالزِّيَادَةِ عَلَيْهَا فَتُلْغُو كَمَا إِذَا قَالَ :
أَنْتَ طَالِقٌ أَرْبَعًا . فَانْهَ يَقَعُ الثَّلَاثُ وَيُلْغُو الزَّائِدُ . وَلَهُ أَنَّ الْوَاحِدَةَ غَيْرَ الثَّلَاثِ لَفْظًا وَمَعْنَى
فَقَدْ أَنْتَ بَغِيرِ مَا مَلَكَهَا فَكَانَ كَلَامًا مُبْتَدَأً فَلَا يَقَعُ ، بِخِلَافِ الزَّوْجِ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ الثَّلَاثَ

وَلَوْ قَالَ لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ وَاحِدَةً أَمْلِكُ الرَّجْعَةَ ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ نَفْسِي وَاحِدَةً بَائِنَةً فَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : وَاحِدَةً بَائِنَةً ، فَقَالَتْ : طَلَّقْتُ رَجْعِيَّةً فَهِيَ بَائِنَةٌ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ كَيْفَ شِئْتَ وَقَعْتَ وَاحِدَةً رَجْعِيَّةً ، وَإِنْ كَمْ تَشَاءُ فَإِنْ شَاءَتْ بَائِنَةً أَوْ ثَلَاثًا وَقَدْ أَدَّ الزَّوْجُ ذَلِكَ وَقَعَ ، وَإِنْ اخْتَلَفْتَ مَشِيئَتَهَا وَإِرَادَتُهُ فَوَاحِدَةً (سم) رَجْعِيَّةً ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ مَا شِئْتَ أَوْ كَمْ شِئْتَ فَلَهَا أَنْ تُطَلِّقَ نَفْسَهَا مَا شَاءَتْ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا طَلَّقِي نَفْسَكَ مِنْ ثَلَاثٍ مَا شِئْتَ فَلَيْسَ لَهَا أَنْ تُطَلِّقَ ثَلَاثًا وَتُطَلِّقَ مَا دُونَهَا (سم) .

فيتصرف فيها بحكم الملك ، والزائد عليها فهو فبطل (ولو قال لها : طلقي نفسك واحدة أملك الرجعة ، فقالت : طلقت نفسي واحدة بائنة فهي رجعية) لأنها أنت بالأصل فصيح ووقع ما أمرها به ثم أنت بزيادة وصف فيلغو إذ لا حاجة إليه (ولو قال : واحدة بائنة ، فقالت : طلقت رجعية فهي بائنة) لما قلنا (ولو قال لها : أنت طالق كيف شئت وقعت واحدة رجعية وإن لم تشأ ، فإن شاءت بائنة أو ثلاثا وقد أراد الزوج ذلك وقع) للاتفاق بين إرادته ومشيتها (وإن اختلفت مشيتها وإرادته فواحدة رجعية) لأنها لما خالفته لغا تصرفها فبقى أصل الإيقاع . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يقع شيء ما لم توقع المراء فتشاء ثلاثا أو واحدة رجعية أو بائنة والعنق على هذا الخلاف . لهما أنه فوّض إليها التطليق على أي صفة شاءت فوجب أن يتعلق بمشيئتها أصل الطلاق حتى تملك ذلك قبل الدخول وبعده ، ولو وقع بمجرد إيقاعه لا يملك قبل الدخول . ولأبي حنيفة أن كيف للاستيفاف فتقتضي ثبوت أصل الطلاق ، ويكون التفويض إليها في الصفة عملا بحقيقة كلمة كيف (ولو قال : أنت طالق ما شئت أو كم شئت فلها أن تطلق نفسها ما شاءت) لأنهما يستعملان للعدد فقد فوّض إليها أي شيء شاءت من العدد (ولو قال لها : طلقي نفسك من ثلاث ما شئت فليس لها أن تطلق ثلاثا وتطلق ما دونها) وقالوا : لها أن تطلق ثلاثا إن شاءت ، لأن ما للعموم ومن تستعمل للتمييز فيحمل على تمييز الجنس كقوله : كل من طعمي ما شئت . ولأبي حنيفة أن من حقيقة للتبويض ، وما للتعميم فيعمل بهما ، فجعلنا المفوّض إليها بعض الثلاث ، لكن بعضها له عموم وهو ثنتان ، وإنما ترك التبويض في النظر لدلالة الحال ، وهو إظهار السهاحة والكرم ؛ ولو قال : إن شئت فأنت طالق إذا شئت ، فهما مشيئتان : إحداها على المجلس ، والثانية مطلقة معلقة بالوقت ، فإن قامت بطلنا أما المؤقتة فلتوقها بالمجلس ، وأما المطلقة فلتعلقها بها ، وإن شاءت بصير كأنه قال لها في ذلك الوقت : أنت طالق إذا

شئت ، ولو قيل له : ألك امرأة ؟ فقال لا ونوى الطلاق وقع ، ذكره في المحيط وقال هو الصحيح ؛ وكذا لو قالت : لست لى بزواج ، فقال الزوج : صدقت ونوى الطلاق ؛ وكذا قوله : لست لى بامرأة ، أو ما أنت لى بامرأة ، أو لست لك بزواج ، أو ما أنا لك بزواج ونوى الطلاق يقع ؛ وقالوا : لا يقع لأنه إخبار كذب فلا يقع وإن نوى . وله أنه يحتمل الطلاق بالإضمار تقديره : لست لى بامرأة لأنى طلقتك ، وإذا احتمل ذلك ونواه صحت نيته فيقع الطلاق ؛ ولو قال له آخر : هل امرأتك إلا طالق ؟ فقال الزوج : لا طلقت ولو قال نعم لا تطلق ، لأن قوله نعم معناه نعم امرأتى غير طالق ، وقوله لا معناه ليس امرأتى إلا طالق ؛ ولو قال لامرأته : قولى أنا طالق لم تطلق حتى تقول لأنه أمر بالإنشاء ؛ ولو قال لغيره : قل لامرأتى إنها طالق طلقت قال أو لم يقل ، لأنه أمره بالإخبار وأنه يستدعى سبق الخبر به ؛ ولو قال له آخر : إن لم تقض حتى اليوم فامرأتك طالق ، قال نعم وأراد جوابه انعقدت يمينه ، لأن الجواب يستدعى إعادة السؤال ، فكأنه قال : نعم امرأتى طالق إن لم أقض حقه ؛ ولو قال لها : اعتدى اعتدى وقال نويت واحدة صدق ديانة ويقع ثلاثا في القضاء ؛ ولو قال : عنت بالثانية العدة صدق قضاء ؛ ولو قال : نويت بالأولى طلاقا ولم أنو بالثانية والثالثة شيئا فهي ثلاث لأنهما في حال مذاكرة الطلاق فتعين له .

ومن الكنايات الكتابة ، فإذا كتب طلاق امرأته في كتاب أو لوح أو على حائط أو أرض لا يقع إلا بنية . وأصله أن الكتابة حروف منظومة تدل على معان مفهومة كالكلام ، وكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم قامت مقام قوله في الدعاء إلى الإسلام حتى وجب على كل من بلغته ، فنقول : إذا كتب ما لا يستبين أو كتب في الهواء فليس بشيء ، لأن ما لا يستبين في الكتابة كالحججة (١) والكلام الغير المفهوم ، وإذا كتب ما يستبين فلا يخلو إما إن كان على وجه المخاطبة أولا ، فإن لم يكن على وجه المخاطبة مثل أن يكتب امرأته طالق فانه يتوقف على النية ، لأن الكتابة تقوم مقام الكلام كالكتابة مع الصريح ، وإن كتب على وجه الخطاب والرسالة مثل أن يقول : يا فلانة أنت طالق ، أو إذا وصل إليك كتابي فأنت طالق ، فانه يقع به الطلاق من غير نية ، ولا يصدق لأنه مانوى أنه ظاهر فيه ، ثم إن كان بغير تعليق وقع للحال كأنه قال لها أنت طالق ، وإن كان معلقا بأن كتب إذا جاءك كتابي فأنت طالق لا يقع حتى يصل إليها ، لأنه علق الوقوع بشرط فلا يقع قبله ، كما إذا علقه بدخول الدار ، فإن وصل الكتاب إلى أبيها فزقه ولم يدفعه إليها إن كان هو المتصرف في أمورها وقع الطلاق لأنه كالوصول إليها ، وإن لم يكن هو المتصرف في أمورها لا يقع وإن أخبرها

(١) الحجاج : الرقيق ، ومجمع الخط : خلطه وأفسده بالقلم وغيره اهـ مغرب .

وَالْفَاطُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَّى وَمَتَّى مَا وَكُلُّ وَكُلَّمَا ، فَإِذَا عُلِّقَ
الطَّلَاقُ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقْبِيهِ وَأَنْتَهَتْ الْيَمِينُ وَأَنْتَهَتْ إِلَّا فِي كُلَّمَا ؛ وَلَا يَصِحُّ
التَّعْلِيلُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا كَقَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ
فَأَنْتَ طَالِقٌ ؛ أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا فَأَنْتَ حُرٌّ ؛ أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى
مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ
أَتَزَوَّجُهَا فَهِيَ طَالِقٌ أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . وَزَوَالُ الْمِلْكِ لَا يُبْطِلُ
الْيَمِينَ ، فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكٍ انْخَلَّتْ وَوَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَإِنْ وَجِدَ فِي غَيْرِ
مِلْكٍ انْخَلَّتْ وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ؛ وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ
وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ ،

مَا لَمْ يَدْفَعْهُ إِلَيْهَا لِأَنَّهُ كَالْأَجْنَبِيِّ قَالَ (١) (وَالْفَاطُ الشَّرْطُ : إِنْ وَإِذَا وَإِذَا مَا وَمَتَّى وَمَتَّى مَا
وَكُلُّ وَكُلَّمَا) لِأَنَّهُا مُسْتَعْمَلَةٌ فِيهِ وَضَعًا . أَمَّا إِنْ فَشَرَطَ عَضُدٌ لَيْسَ فِيهِ مَعْنَى الْوَقْتِ وَمَا وَرَاءَهَا
فِيهَا مَعْنَى الْوَقْتِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ ؛ وَكَلِمَةُ كُلٌّ لَيْسَتْ بِشَرْطٍ لِأَنَّهُا يَلْبِثُ الْأَسْمَ ، وَالشَّرْطُ مَا يَلْبِثُ
الْفِعْلَ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ الْجِزَاءُ وَهُوَ فِعْلٌ ، إِلَّا أَنَّهُ لَتَعَلَّقَ الْفِعْلُ بِالْأَسْمِ الَّذِي يَلْبِثُهَا لَحِقَ بِالشَّرْطِ مِثْلُ
قَوْلِهِ : كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ . قَالَ (فَإِذَا عُلِيَ الطَّلَاقُ بِشَرْطٍ وَقَعَ عَقْبِيهِ وَانْخَلَّتِ الْيَمِينُ
وَأَنْتَهَتْ) لِأَنَّ الْفِعْلَ إِذَا وَجِدَ ثُمَّ الشَّرْطُ فَلَا تَبْقَى الْيَمِينُ (إِلَّا فِي كُلَّمَا) فَانْهَى لِعُمُومِ الْأَفْعَالِ ،
قَالَ تَعَالَى - كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُمْ - الْآيَةُ ، وَإِذَا كَانَتْ لِلْعُمُومِ يُلْزَمُ التَّكْرَارُ ضَرُورَةً حَتَّى
تَقَعَ الثَّلَاثُ الْمَمْلُوكَاتُ فِي النِّكَاحِ الْقَائِمِ ، فَلَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَوَجِدَ الشَّرْطُ لَمْ يَقَعْ
شَيْءٌ خِلَافًا لِزَوْرٍ لِمَقْتَضَى الْعُمُومِ . وَلَنَا أَنَّهُ لِنَمَّا عُلِيَ مَا يَمْلِكُهُ مِنَ الطَّلَاقَاتِ ، وَقَدْ أَنْتَهَى
ذَلِكَ وَهُوَ الْجِزَاءُ فَتَنْتَهَى الْيَمِينُ ضَرُورَةً . قَالَ (وَلَا يَصِحُّ التَّعْلِيلُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْحَالِفُ مَالِكًا
كَقَوْلِهِ لِامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتُ الدَّارَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ يَقُولُ لِعَبْدِهِ : إِنْ كَلَّمْتَ زَيْدًا فَأَنْتَ
حُرٌّ ، أَوْ يُضَيِّفُهُ إِلَى مِلْكٍ كَقَوْلِهِ لِأَجْنَبِيَّةٍ : إِنْ تَزَوَّجْتِكِ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا
فَهِيَ طَالِقٌ ، أَوْ كُلُّ عَبْدٍ أَشْتَرِيهِ فَهُوَ حُرٌّ) لِأَنَّهُ لَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ الْجِزَاءُ ظَاهِرًا لِيَكُونَ مَخُوفًا
لِيَتَحَقَّقَ مَعْنَى الْيَمِينِ وَهُوَ الْقُوَّةُ عَلَى الْمَنْعِ أَوْ الْحَمْلُ ، وَلَا ظَهْرٌ لَهُ إِلَّا بِأَحَدِ هَذَيْنِ . قَالَ
(وَزَوَالُ الْمِلْكِ لَا يُبْطِلُ الْيَمِينَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَوْجِدِ الشَّرْطَ (فَإِنْ وَجِدَ الشَّرْطُ فِي مِلْكٍ انْخَلَّتِ) الْيَمِينُ
(وَوَقَعَ الطَّلَاقُ) لِأَنَّ الشَّرْطَ وَجِدَ وَالْمَحْلُ قَابِلٌ لِلْجِزَاءِ فَيَنْزِلُ وَيَنْتَهَى الْيَمِينُ لِمَا مَرَّ (وَإِنْ
جَدَّ فِي غَيْرِ مِلْكٍ انْخَلَّتِ) لَوْجُودِ الشَّرْطِ (وَلَمْ يَقَعْ شَيْءٌ) لِعَدَمِ قَبُولِ الْمَحْلِ ؛ وَفِي كُلَّمَا
'تَنْحَلُّ' الْيَمِينُ بِوُجُودِ الشَّرْطِ حَتَّى يَقَعَ الثَّلَاثُ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ (وَإِذَا اخْتَلَفَا فِي وُجُودِ الشَّرْطِ
فَالْقَوْلُ لِلزَّوْجِ) لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ وَمَتَمَسِّكٌ بِالْأَصْلِ وَهُوَ الْعَدَمُ (وَالْبَيِّنَةُ لِلْمَرْأَةِ) لِأَنَّهُا مُدْعِيَةٌ مُثَبَّتَةٌ .

وَمَا لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهَا فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا فِي حَقِّ نَفْسِهَا ، كَقَوْلِهِ : إِنْ حَضَّتْ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفُلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضَّتْ طَلَّقْتُ هِيَ خَاصَّةٌ ، وَكَذَا التَّعْلِيلُ بِمَحَبَّتِهَا ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ ، فَقَالَتْ أُحِبُّ طَلَّقْتُ وَلَمْ يَعْنِقِ الْعَبْدُ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ وَلَدْتَ غُلَامًا فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتَ جَارِيَةً فَثِنْتَيْنِ فَوَلَدْتَهُمَا وَلَا يَدْرَى أَيُّهُمَا أَوَّلًا طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ ؛ وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأَوْلَجْهُ وَلَبِثَ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْلَجْهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ الْمُرَاجَعَةُ بِالْإِيلَاجِ الثَّانِي .

قال (وما لا يعلم إلا من جهتها فالقول قولها في حق نفسها ، كقوله : إِنْ حَضَّتْ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفُلَانَةٌ ، فَقَالَتْ حَضَّتْ طَلَّقْتُ هِيَ خَاصَّةٌ) والقياس أن لا تطلق لأنه شرط كغيره من الشروط . وجه الاستحسان أنها أمانة في ذلك ولا يعرف إلا من جهتها ، وقد اعتبر الشرع قولها في ذلك في العدة والوطء ، فكذا هذا إلا أنه في حق ضررتها شهادة وهي متهمة فلا يقبل قولها وحدها . قال (وكذا التعليق بمحبتها) وهو أن يقول : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِي فَأَنْتَ طَالِقٌ وَفُلَانَةٌ ، فَقَالَتْ أُحِبُّكَ طَلَّقْتُ وحدها (ولو قال : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِ أَنْ يُعَذِّبَكَ اللَّهُ بِنَارِ جَهَنَّمَ فَأَنْتَ طَالِقٌ وَعَبْدِي حُرٌّ ، فَقَالَتْ أُحِبُّ طَلَّقْتُ ولم يعنق العبد) لما ذكرنا ، ولا يتيقن كذبها لأنها قد تؤثر العذاب على صحبته لبغضها إياه ؛ ولو قال لها : إِنْ كُنْتُ تُحِبُّنِي بَقَلْبِكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ، فَقَالَتْ أُحِبُّكَ وهي كاذبة طَلَّقْتُ . وقال محمد : لا تطلق لأن المحبة إذا علقت بالقلب يراد بها حقيقة الحب ولم يوجد . ولها أن المحبة فعل القلب فيلغو ذكر القلب فصار كما إذا أطلق ، ولو أطلق تعلق بالإخبار عن المحبة كذا هذا . قال (ولو قال : إِنْ وَلَدْتَ غُلَامًا ، فَأَنْتَ طَالِقٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ وَلَدْتَ جَارِيَةً فَثِنْتَيْنِ فَوَلَدْتَهُمَا وَلَا يَدْرَى أَيُّهُمَا أَوَّلًا طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ، وَفِي التَّنْزِهِ ثِنْتَيْنِ) لأن الواحدة متيقنة وفي الثانية شك فلا يقع في القضاء ، والأحوط أن يأخذ بوقوع الثنتين وانقضت العدة بيقين ، لأن الطلاق وقع بالولد الأول وانقضت العدة بالثاني . قال (ولو قال لها : إِنْ جَامَعْتُكَ فَأَنْتَ طَالِقٌ ثَلَاثًا فَأَوْلَجْهُ وَلَبِثَ سَاعَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، وَإِنْ نَزَعَهُ ثُمَّ أَوْلَجْهُ فَعَلَيْهِ مَهْرٌ ، وَلَوْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا تَحْصُلُ الْمُرَاجَعَةُ بِالْإِيلَاجِ الثَّانِي) وعن أبي يوسف : أنه يجب المهر باللبث في الثلاث ويصير مراجعاً به في الواحدة لوجود الجماع بالدوام عليه ، إلا أنه لا يجب الحد للاتحاد . ولها أن الجماع إدخال الفرج ولا دوام للإدخال . أما إذا أخرج ثم أدخل

وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ إِنْ شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا شَاءَ اللَّهُ ، أَوْ مَا لَمْ يَشَأِ اللَّهُ ،
أَوْ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ لَا يَقَعُ شَيْءٌ إِنْ وَصَلَ ؛ وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا
وَاحِدَةً طَلَّقْتَ ثِنْتَيْنِ ، وَلَوْ قَالَ : إِلَّا ثِنْتَيْنِ طَلَّقْتَ وَاحِدَةً ؛ وَلَا يَصِحُّ
اِسْتِثْنَاءُ الْكُلِّ مِنْ الْكُلِّ ، فَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا ثَلَاثًا وَقَعَ الثَّلَاثُ

وَبَطَلَ اِلِسْتِثْنَاءُ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا ، وَثَلَاثًا إِلَّا أَرْبَعًا وَقَعَ ثَلَاثٌ ،
فقد وجد الإدخال بعد الطلاق ، ولم يجب الحدّ لشبهة الاتحاد من حيث المجلس والمقصود ،
وإذا لم يجب الحدّ لم يجب العقر ، لأن الوطء لا يخلو عن أحدهما .

فصل

(ولو قال لها : أنت طالق إن شاء الله ، أو ما شاء الله ، أو ما لم يشأ الله ، أو إلا أن
يشاء الله لا يقع شيء إن وصل) والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « من حلف بطلاق
أو عتاق وقال إن شاء الله متصلا به لاحث عليه » ولأنه تعليق بشرط لا يعلم وجوده فلا يقع
بالشك ، إذ المعلق بالشرط عديم قبله ، وكذا إذا علقه بمشيئة من لا تعلم مشيئته من الخلق
كالملائكة والشیطان والجن ؛ ويصح الاستثناء موصولا لامفصولا لما روينا ، ولأنه إذا
سكت ثبت حكم الأول ، فيكون الاستثناء أو التعليق بعده رجوعا عنه فلا يقبل ، ولو سكت
قلبر ما تنفس أو عطس أو تجشأ أو كان بلسانه ثقل فطال تردده ثم قال إن شاء الله صح
الاستثناء ، وإن تنفس باختياره بطل ؛ ولو حرّك لسانه بالاستثناء صح عند الكرخي
وإن لم يكن مسموعا . وقال الهندواني : لا يصح ما لم يكن مسموعا ؛ ولو قال أنت طالق
فجرى على لسانه إن شاء الله من غير قصد لا يقع كما لو قال أنت طالق فجرى لسانه
أو غير طالق ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا ، وثلاثا إن شاء الله ، أو ثلاثا وواحدة إن شاء
الله بطل الاستثناء ، وقالا : هو صحيح ، وكذا لو قال لعبده : أنت حرّ وحرّ إن شاء الله ،
لأن الكلام واحد وإنما يتمّ بآخره وأنه متصل . ولأبي حنيفة أنه استثناء منقطع لأن قوله
وثلاثا أو واحدة أحرّ لغو لا فائدة فيه فكان قاطعا ؛ ولو قال : أنت طالق واحدة وثلاثا
إن شاء الله صح بالإجماع ، وكذلك أنت طالق وطالق وطالق إن شاء الله لأنه لم يتخلل
بينهما كلام لغو (ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا واحدة طلقت ثنتين ، ولو قال : إلا
ثنتين طلقت واحدة) وأصله أن الاستثناء تكلم بالباقي بعد الدنيا لأنه بيان أنه أراد بما تكلم
ما وراء المستثنى (ولا يصح استثناء الكل من الكل) ، فلو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا
وقع الثلاث وبطل الاستثناء ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا وقع ثلاث (

وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا إِلَّا وَاحِدَةً وَوَاحِدَةً وَوَاحِدَةً بَطَلَ الْإِسْتِثْنَاءُ ؛
وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ عَشْرَةً إِلَّا تِسْعَةً وَقَعَتْ وَاحِدَةً ، وَلَوْ قَالَ إِلَّا
ثَمَانِيَةً فَثِنْتَانِ .

وَمَنْ أَبَانَ امْرَأَتَهُ فِي مَرَضِهِ ثُمَّ مَاتَ وَرِثَتُهُ إِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ ، وَإِنْ
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لَمْ تَرِثْ .

عند أبي حنيفة ، وعلى قياس قولهما تقع واحدة (١) بناء على ما تقدم (ولو قال : أنت
طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء) لأنه استثنى الكل (ولو قال :
أنت طالق عشرة إلا تسعة وقعت واحدة ، ولو قال : إلا ثمانية فثنتان) وأصله أنه إذا
أوقع أكثر من الثلاث ثم استثنى والكلام كله صحيح فلاستثناء عامل في جملة الكلام ولا
يكون مستثنيا من جملة الثلاث التي يصح وقوعها فيقع الاستثناء من جملة الكلام ويقع ما بقي
إن كان ثلاثا أو أقل ، لأن الاستثناء يتبع اللفظ ولا يتبع الحكم . والجملة المتلفظ بها جملة
واحدة فيدخل الاستثناء عليها فيسقط ما تضمنه الاستثناء ، وتقع بقية الجملة إن كان مما
يصح وقوعه ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا إلا واحدة وقعت واحدة لأنه يجعل
كل استثناء مما يليه ، فإذا استثنيت الواحدة من الثلاثة بقيت ثنتان ، وإذا استثنيتهما من
الثلاث بقيت واحدة ، كأنه قال : أنت طالق ثلاثا إلا اثنتين ، فإن قال : أنت طالق ثلاثا
إلا ثلاثا إلا اثنتين إلا واحدة تقع واحدة لأنه استثنى الواحدة من الثنتين فبقي واحدة
فيستثنى من الثلاث يبقى ثنتان يستثنى من الثلاث ، وكذا لو قال : عشرة
إلا تسعة إلا ثمانية إلا سبعة تقع ثنتان لأنه استثنى السبعة من الثمانية تبقى واحدة ، ثم استثنى
لِلوَاحِدَةِ مِنَ التَّسْعَةِ ثَمَانِيَةً ، ثُمَّ اسْتَثْنَى الثَّمَانِيَةَ مِنَ الْعَشْرِ ثَمَانِيَةً ، وَعَلَى هَذَا جَمِيعُ
هَذَا النُّوعِ ، وَتَقْرِيْبُهُ أَنْ تَعْقِدَ الْعِدَّةَ الْأَوَّلَ بِيَمِينِكَ وَالثَّانِي بِيَسَارِكَ وَالثَّلَاثَ بِيَمِينِكَ وَالرَّابِعَ
بِيَسَارِكَ ، ثُمَّ أَسْقَطْ مَا اجْتَمَعَ فِي يَسَارِكَ مِمَّا اجْتَمَعَ بِيَمِينِكَ فَمَا بَقِيَ فَهُوَ الْمَوْقِعُ .

فصل

(ومن أبان امرأته في مرضه ثم مات ورثته إن كانت في العدة ، وإن انقضت عدتها لم ترث)

(١) قوله تقع واحدة ، الظاهر أن صوابه يقع ثنتان لا واحدة ، قال في رد المختار
وفي الفتح عن المنتقى : أنت طالق ثلاثا وثلاثا إلا أربعا فهي ثلاث عنده لأنه يصير قوله
وثلاثا فاصلا لغوا ، وعندهما يقع ثنتان كأنه قال ستا إلا أربعا اهـ مصححه .

وَأَنَّ أَبَانَهَا بِأَمْرِهَا ، أَوْ جَاءَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتَيْهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالْمُخَيَّرَةِ
وَالْمُخَيَّرَةِ بِسَبَبِ الْحَبِّ وَالْعُنَّةِ وَالْبُلُوغِ وَالْعِتْقِ ، وَلَوْ فَعَلْتَ مَا ذَكَرْنَا
مِنْ الْخِيَارَاتِ وَهِيَ مَرِيضَةٌ وَرِثَهَا إِذَا مَاتَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ ، وَمَرَضُ الْمَوْتِ
هُوَ الْمَرَضُ الَّذِي أَضْنَاهُ وَأَعَجَزَهُ عَنْ الْقِيَامِ بِحَوَائِجِهِ ، فَأَمَّا مَنْ يَجِيءُ
وَيَذْهَبُ بِحَوَائِجِهِ وَيَحْمُ فَلَآ ؛ وَلَوْ عُلِّقَ طَلَاقُ امْرَأَتِهِ بِفِعْلِهِ وَقَعَلَهُ
فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ عُلِّقَهُ بِفِعْلِ أَجْنَبِيٍّ أَوْ بِمَجِيءِ الْوَقْتِ فِي الْمَرَضِ
مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

وأصله أن الزوجية في مرض الموت سبب يفضي إلى الإرث غالبا ، فإبطاله يكون ضررا
بصاحبه ، فوجب رده دفعا لهذا الضرر في حق الإرث ما دامت في العدة كما في الطلاق
الرجعي وتعدّر إبقاء الزوجية بعد انقضاء العدة لأنه لم يبق له أثر ولا حكم . قال (وإن
أبانها بأمرها ، أَوْ جَاءَتِ الْفُرْقَةُ مِنْ جِهَتَيْهَا فِي مَرَضِهِ لَمْ تَرِثْ كَالْمُخَيَّرَةِ ، وَالْمُخَيَّرَةِ بِسَبَبِ الْحَبِّ
وَالْعُنَّةِ وَالْبُلُوغِ وَالْعِتْقِ) لأننا إنما اعتبرنا قيام الزوجية مع المبتل نظرا لها ، فإذا رضيت
بالمبتل لم تبق مستحقة للنظر فعمل المبتل وهو الطلاق عمله (ولو فعلت ما ذكرنا من
الخيارات وهي مريضة ورثها إذا ماتت وهي في العدة) لأنها ممنوعة من إبطال حقه فبقينا
النكاح في حق الإرث دفعا للضرر عنه إلا في الحب والعنة فإنه لا يرثها لأنه طلاق وهو
مضاف إلى الزوج (ومرض الموت هو المرض الذي أضناه وأعجزه عن القيام بحوائجه ،
فأما من يجيء ويذهب بحوائجه ويحم فلا) وقيل إن أمكنه القيام بحوائجه في البيت وعجز
عنها خارج البيت فهو مريض . وعن أبي حنيفة إذا كان مضني لا يقوم إلا بشدة وتعدّر
عليه الصلاة جالسا فهو مريض ، والمحصور والواقف في صف القتال والمحبوس للرجم
والقصاص وراكب السفينة والنازل في مسبعة يخاف الهلاك كالصحيح لأن الغالب فيه
السلامة ، ومن قدم للقصاص والرجم أو بارز رجلا أو انكسرت السفينة وبقي على لوح
أو وقع في فم سبع كالمرضى ، وكذلك المرأة إذا ضربها الطلق . أما المقعد والمفلوج ومن
في معناه كالصحيح ؛ وإذا كان أحد الزوجين ممن لا يرث الآخر كالعبد والمكاتب مع
الحرّة ، والحرّة الكتابية مع المسلم ، فطلقها ثلاثا في مرضه ثم صار في حال يتوارثان
لو لم يقع الطلاق لآثرته ، لأنه لم يتعلق حقها بماله حالة الطلاق فلم يكن فارّا فلا يتهم
(ولو علق طلاق امرأته بفعله وفعله في المرض ورثت) سواء كان التعليق في الصحة أو المرض
لأنه قصد إضرارها حيث باشر شرط الحنث في المرض ، وسواء كان له بدّ من الفعل أو لم
يكن ، أما إذا كان فظاها ، وأما إذا لم يكن فلأن له بدّا من التعليق فكان مضافا إليه
(وإن علقه بفعل أجنبى أو بمجيء الوقت في المرض مِثْلُ قَوْلِهِ : إِذَا جَاءَ رَأْسُ الشَّهْرِ

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فَلَانَ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ ، وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ (ز) ، وَإِنْ عُلِّقَتْ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقْرَابِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَرِثَتْ (م) .

فَأَنْتِ طَالِقٌ ، أَوْ إِنْ دَخَلَ فَلَانَ الدَّارَ أَوْ صَلَّى الظُّهْرَ فَأَنْتِ طَالِقٌ ، فَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ وَرِثَتْ (لأنه قصد لإضرارها بمباشرة التعليق في المرض حال تعلق حقها بماله (وَإِنْ كَانَ التَّعْلِيقُ فِي الصَّحَّةِ وَالشَّرْطُ فِي الْمَرَضِ لَمْ تَرِثْ) خلافاً لـ زفر ، لأن المعلق بالشرط ينزل عند الشرط فصار كالمنجز في المرض . ولنا أنه إنما يصير تطبيقاً عند الشرط حكماً لا قصداً ولا ظلم إلا عند القصد (وَإِنْ عُلِّقَتْ بِفِعْلِهَا وَلَهَا مِنْهُ بَدْءٌ لَمْ تَرِثْ عَلَى كُلِّ حَالٍ) لأنها راضية (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مِنْهُ بَدْءٌ كَالصَّلَاةِ وَكَلَامِ الْأَقْرَابِ وَأَكْلِ الطَّعَامِ وَاسْتِيفَاءِ الدَّيْنِ وَرِثَتْ) وقال محمد : إذا كان التعليق في الصحة لاثرت لأنه لا صنع له في إبطال الشرط فلم يقصد إبطال حقها . ولها أنها مضطرة إلى المباشرة في هذه الأشياء لما يتعلق بتركها من العقاب في الآخرة والضرر في الدنيا والزوج هو الذي ألجأها إلى المباشرة فينتقل فعلها إليه وتصير كالألة كما قلنا في الإكراه ، وإنما يكون مرض الموت إذا مات منه ، أما لو برأ ثم مات انقطع حكم المرض الأول .

فصل في طلاق المجهولة

أصله أن إضافة الطلاق إلى مجهولة ليس إلا تعليق الطلاق في المعينة بالبيان لأنه لا يقع على مجهولة وإنما يقع على المعينة ، وإنما ينزل بالبيان مقصوراً عليه فكان للبيان حكم الإنشاء في حق المعينة ، والإنشاء لا يملك إلا بملك المخل ، فلو قال لامرأته إحداكما طالق طلقت واحدة منهما بغير عينها إذا لم يكن له نية في معينة منهما لقوله عليه الصلاة والسلام « كل طلاق جائز » الحديث ، ولأن الجهالة مع الخطأ أجرياً مجرى واحد ، ألا ترى أنهما يمنعان البيع ، ثم الطلاق يقع مع الخطر فكذا مع الجهالة ، ولأن البيع مع ضعفه يصح مع هذا الضرب من الجهالة حتى جاز بيع قفيز من صبرة فلأن يصح الطلاق معه أول ، وللنساء أن يخاصمنه ويستعدين عليه إلى القاضي حتى يبين إذا كان الطلاق ثلاثاً أو بائناً ، لأن لكل واحدة منهن حقاً في استيفاء منافع النكاح وأحكامه ، أو التوصل إلى الزوج بزواج آخر ، وكان على الزوج البيان والقول قوله لأنه المجهول كمن أقر بشيء غير معين ، ويجبره القاضي أن يوقع الطلاق على معينة لتحصل الفائدة ، وعليها العدة من حين بين لما تقدم ،

١٠ - الاختيار - ثالث

فان لم يبين حتى ماتت إحداهما طلقت الباقية ، لأنه لم يبق من يستحق الطلاق غيرها ؛ وإن قال أردت الميتة لم يرثها وطلقت الباقية ، فيصدق في الميتة على نفسه في إسقاط إرثه ، ولا يصدق على الباقية في صرف الطلاق عنها ، فان ماتتا واحدة بعد الأخرى فقال أردت الأولى لم يرث منهما لأنه سقط من الثانية بطريق الحكم ومن الأولى باعترافه ، ولو ماتتا معا ورث من كل واحدة منهما نصف ميراث ، فان قال أردت إحداهما سقط حقه من ميراثها ويرث من الأخرى نصف ميراثها لأنه لا يصدق في زيادة الاستحقاق ؛ ولو جامع إحداهما تعينت الأخرى للطلاق ، لأن الجماع دليل على تعيين الأخرى للطلاق لاستحالة أن يطلأ المطلقة ، وكذلك لو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها ، لأن هذه الأحكام من خواص الزوجية فصارت كالجماع ؛ ولو طلق إحداهما بعينها وعنى به البيان صدق ، وإن لم ينبو به البيان تعينت الأخرى للطلاق الأول . وعن محمد : لو كان الطلاق واحدة رجعية لم يكن وطء إحداهما بيانا للأخرى ؛ ولو مات الزوج قبل البيان فالميراث بينهما الربع أو الثمن ، لأن إحداهما زوجة قطعاً وليست إحداهما أولى من الأخرى ؛ ولو طلق إحدى نسائه الأربع ثلاثاً ثم اشتبهت وأنكرت كل واحدة أن تكون هي المطلقة لا يقرب واحدة منهن لأنه حرمت عليه إحداهن ، ويجوز أن تكون كل واحدة . وقد قال أصحابنا : كل ما يباح عند الضرورة لا يجوز التحريم فيه والفروج من هذا الباب ، ولهذا قالوا : إذا اختلطت الميتة بالمذبوحة إنه يتحرى لأن الميتة تباح عند الضرورة . وإن استعدين عليه إلى الحاكم في النفقة والجماع أعدى عليه وحسبه حتى يبين التي طلق منهن ، ويلزمه نفقتهن لأن لكل واحدة منهن حق المطالبة بأحكام النكاح ، فكان على الحاكم إلزامه بإيفاء للحق ، ويقضى عليه بنفقتهن لأنها تجب للمعتدة وللزوجة . وينبغي أن يطلق كل واحدة طلقة واحدة ، فإذا تزوجن بغيره جاز له التزوج بهن ، فان لم يتزوجن فالأفضل أن لا يتزوج بواحدة ، ولو تزوج بالثلاث صح نكاحهن وتعينت الرابعة للطلاق ؛ وليس له أن يتزوج بالكل قبل أن يتزوجن بزواج آخر ، فان تزوجت واحدة منهن بزواج ودخل بها ثم تزوج الكل ذكر في الجماع أنه يجوز نكاح الكل ، لأن الظاهر من حال المتزوجة إنما هي المطلقة ثلاثاً حيث أقدمت على النكاح للتحليل ؛ ولو ادّعت كل واحدة أنها المطلقة ثلاثاً يحلف الزوج فان نكل وقع على كل واحدة الثلاث ، لأنه بالنكول صار باذلاً أو مقراً ما بالثلاث ، وإن حلف هن فالحكم كما قلنا قبل اليمين . وعن محمد : إذا حلف لإحدى المرأتين طلقت الأخرى ، وإن لم يحلف للأولى طلقت ، وإن تشاحا على اليمين حلف لهما بالله ما طلق واحدة منهما ، فان حلف فالأمر على ما كان ، وإن نكل طلقتا على ما بينا ، وإن وطئ

باب الرجعة

الطَّلَاقُ الرَّجْعِيُّ لَا يُحَرِّمُ الْوَطْءَ ، وَلِلزَّوْجِ مُرَاجَعَتُهَا فِي الْعِدَّةِ بِغَيْرِ رِضَاهَا
وَتَثْبُتُ الرَّجْعَةُ بِقَوْلِهِ ، رَاجَعْتُكَ ، وَرَجَعْتُكَ ، وَرَدَدْتُكَ وَأَمْسَكْتُكَ ،
وَبِكُلِّ فِعْلٍ تَثْبُتُ بِهِ حُرْمَةُ الْمُصَاهَرَةِ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ،

إحداهما فالتى لم يطلها مطلقة حملا لأمره على الصلاح أنه لم يطلها حراما .

باب الرجعة

وهى مصدر رجعه يرجعه رجعا ورجعة : إذا أعاده وردة ، يقال : رجعت الأمر إلى
أوائله : إذا رددته إلى ابتدائه . قال :

عسى الأيام أن يرجعن قوما كالذى كانوا

وفى الشرع ردّ الزوجة إلى زوجها وإعادتها إلى الحالة التى كانت عليها . قال (الطلاق
الرجعى لا يحرم الوطء) وهو أن يطلق الحرّة واحدة أو ثنتين بصريح الطلاق من غير عوض
والدليل عليه قوله تعالى - وبعولتهن أحقّ بردهنّ - والبعل هنا الزوج ، ولا زوج إلا بقيام
الزوجية ، وقيام الزوجية يوجب حلّ الوطء بالنصّ والإجماع ، ولأن الله تعالى أثبت
للزوج حقّ الردّ من غير رضاها ، والإنسان إنما يملك ردّ المنكوحه إلى الحالة التى كانت
عليها قبل الطلاق فلا يكون النكاح زائدا ما دامت العدة باقية فيحلّ الوطء . قال (وللزوج
مراجعتها فى العدة بغير رضاها) لما تلونا ولا خلاف فيه ، ولأن قوله تعالى - فى ذلك -
أى فى العدة لأنها مذكورة قبله ، ولقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والمراد الرجعة
لأنه ذكره بعد الطلاق ، ثم قال - أو فارقوهنّ بمعروف - ولقوله عليه الصلاة والسلام
لعمر « مر ابنك فليراجعها » . قال (وتثبت الرجعة بقوله : راجعتك ورجعتك
ورددتك ، وأمسكتك) لأنه صريح فيه . قال (وبكلّ فعل تثبت به حرمة المصاهرة من
الجانبيين) لقوله تعالى - فأمسكوهنّ بمعروف - والإمسك بالفعل أقوى منه بالقول ، ولأن
الرجعة استدامة النكاح واستبقاؤه وهذه الأفعال تدلّ على ذلك . وليست الرجعة بابتداء
نكاح على ما زعمه بعضهم ، لأننا أجمعنا على أنه يملكها من غير رضاها ولا يشترط فيها
الإيجاب والقبول . ولا يجب فيها مهر ولا عوض ، لأن العوض إنما يجب عوضا عن ملك
البضع ، والبضع فى ملكه . ولو كان نكاحا مبتدأ لوجب ، والخلو ليس برجعة . لأنه
لم يوجد ما يدلّ على الرجعة لا قولاً ولا فعلاً ، ولا يصحّ تعليق الرجعة بالشرط لأنه استدراك
فلا يصحّ بالتعليق كاستقاط الخيار ، ولو قال لها : أنت عندى كما كنت أو أنت امرأتى

وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَى الرَّجْعَةِ ، فَإِنْ قَالَ لَهَا بَعْدَ الْعِدَّةِ : كُنْتُ رَاجِعْتُكَ فِي الْعِدَّةِ فَصَدَّقَتْهُ صَحَّتِ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ كَذَّبَتْهُ لَمْ تَصِحَّ وَلَا يَمِينُ عَلَيْهَا (سم) وَإِنْ قَالَ لَهَا : رَاجِعْتُكَ ، فَقَالَتْ مُجِيبَةً لَهُ : انْقَضَتْ عِدَّتِي فَلَا رَجْعَةَ (سم) وَإِذَا قَالَ زَوْجُ الْأَمَةِ : رَاجِعْتُهَا فِي الْعِدَّةِ وَصَدَّقَهُ الْمَوْلَى (سم) ، وَكَذَّبَتْهُ الْأَمَةُ أَوْ بِالْعَكْسِ فَلَا رَجْعَةَ ،

ونوى الرجعة صحَّ وإلا فلا ، ويستحبُّ أن يعلمها بالرجعة لتتخلص من قيد العدة ، وإن لم يعلمها جاز ؛ وليس له أن يسافر بها حتى يشهد على رجعتها لأنه لا يجوز للمعتدة الخروج من منزلها ، فإذا راجعها لم تبق معتدة فيجوز لها الخروج ، وإليه الإشارة بقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - . قال (ويستحبُّ أن يشهد على الرجعة) لأن النصوص الدالة على الرجعة خالية عن قيد الشهادة ، ولما تقدم أنها استدامة للنكاح ، والشهادة ليست بشرط حالة الاستدامة ، وإنما استحبيناه تحرزا عن التجاحد ، وهو محمل قوله تعالى عقيب ذكر الرجعة والطلاق - وأشهدوا ذوي عدل منكم - وهكذا هو محمول في الطلاق أيضا توفيقا بينه وبين النصوص الدالة على جواز الرجعة ووقوع الطلاق الحالية عن قيد الإشهاد (فإن قال لها بعد العدة : كنت راجعتك في العدة فصدقته صحت الرجعة ، وإن كذبت لم تصح) لأنه متهم في ذلك وقد كذبت فلا يثبت إلا بيينة ، فإذا صدقته ارتفعت التهمة (ولا يمين عليها) عند أبي حنيفة ، وهي مسألة الاستحلاف في الأشياء الستة ، وقد سبقت في الدعوى بتوفيق الله تعالى (وإن قال لها : راجعتك ، فقالت مجيبة له : انقضت عدتي فلا رجعة) وقالوا : تصحَّ الرجعة لأن الرجعة لا تتوقف على قبولها ، فلما قال راجعتك صحت الرجعة لأن الظاهر بقاء العدة ، ولهذا لو قال طلقتك ، فقالت قد انقضت عدتي وقع الطلاق فصار كما إذا سكنت ساعة ثم قالت . ولأبي حنيفة أنها لما أخبرت بانقضاء عدتها فالظاهر تقدم انقطاع الدم على ذلك لأنها أخبرت بلفظ الماضي ، والظاهر أنها صادقة ، وأقرب أوقات الماضي وقت قوله ، ومسئلة الطلاق على الخلاف ، ولئن سلمت فنقول : الطلاق يقع بناء على إقراره ، ولو أقر بعد انقضاء العدة حكم به ، بخلاف ما إذا سكنت ساعة لأنها تثبت الرجعة بسكوته فلا يقبل قولها بعد ذلك . قال (وإذا قال زوج الأمة : راجعها في العدة وصدقه المولى وكذبت الأمة أو بالعكس فلا رجعة) وقالوا : إذا صدقه المولى صحت الرجعة لأنه أقر له بما هو خالص حقه فصار كما إذا أقر عليها بالنكاح . ولأبي حنيفة أن القول قولها في العدة والرجعة تبني عليها ؛ وأما إذا كذبه المولى وصدقته فعن أبي حنيفة روايتان ، والفرق على إحدى الروايتين أن العدة منقضية في الحال وصار ملك المتعة للمولى

وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ ، وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ (مَز) ، وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمَجْرَدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ ، فَإِنْ اغْتَسَلْتَ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ ، وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ ، وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَقَالَ : لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ ، وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ ،

فَلَا تَمْلِكُ إِبْطَالَهُ . قَالَ (وَإِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ فِي الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ لِعَشْرَةِ أَيَّامٍ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَإِنْ لَمْ تَغْتَسِلْ) لَأَنَّهَا خَرَجَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ فَقَدْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ (وَإِنْ انْقَطَعَ لِأَقَلِّ مِنْ عَشْرَةِ أَيَّامٍ لَمْ تَنْقَطِعْ حَتَّى تَغْتَسِلَ ، أَوْ يَمْضِيَ عَلَيْهَا وَقْتُ صَلَاةٍ ، أَوْ تَتَيَّمَّ وَتُصَلِّيَ) لِاحْتِمَالِ عَوْدِ الدَّمِ فَلَا بَدَّ مِنْ دُخُولِهَا فِي حَكْمِ الطَّاهَرَاتِ وَذَلِكَ بِالْغَسْلِ أَوْ بِمَضْيِ وَقْتُ صَلَاةٍ لِأَنَّهَا تُصِيرُ مَخَاطَبَةً بِهَا ، وَهُوَ مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهَرَاتِ ، وَكَذَا إِذَا تَيَمَّمَتْ وَصَلَتْ ، وَالْقِيَاسُ أَنَّ تَنْقَطِعَ بِمَجْرَدِ التَّيَمُّمِ ، وَهُوَ قَوْلُ مُحَمَّدٍ وَزُفَرٍ ، لِأَنَّ التَّيَمُّمَ كَالْغَسْلِ عِنْدَ عَدَمِ الْمَاءِ . وَجِهَ الْإِسْتِحْسَانُ أَنَّ التَّيَمُّمَ إِنَّمَا أُعْتَبِرَ طَهَارَةً ضَرُورَةً كَيْلَا تَضَاعَفَ عَلَيْهِ الْوَاجِبَاتُ ، أَمَا إِنَّهُ مُطَهِّرٌ فِي نَفْسِهِ فَلَا بَلَّ هُوَ مُلَوِّثٌ ، وَهَذِهِ الضَّرُورَةُ تَنْتَحِقُ إِذَا أَرَادَتْ الصَّلَاةُ لِأَقْبَلِ ذَلِكَ وَلَا كَذَلِكَ الْغَسْلُ ، وَلَوْ تَيَمَّمَتْ وَقُرَأَتِ الْقُرْآنَ أَوْ مَسَّتِ الْمَصْحَفَ أَوْ دَخَلَتْ الْمَسْجِدَ . قَالَ الْكَرْخِيُّ : انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ لِأَنَّهَا مِنْ أَحْكَامِ الطَّاهَرَاتِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ الرَّازِيُّ : لَا لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَحْكَامِ الصَّلَاةِ وَلَوْ اغْتَسَلَتْ بِسُورِ الْحِمَارِ انْقَطَعَتْ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ أَخْذًا بِالْإِحْتِيَاظِ (وَفِي الْكِتَابِيَّةِ تَنْقَطِعُ الرَّجْعَةُ بِمَجْرَدِ انْقِطَاعِ الدَّمِ) لِأَنَّهُ لَا غَسْلَ عَلَيْهَا فَصَارَتْ كَالْمُسْلِمَةِ إِذَا اغْتَسَلَتْ (فَإِنْ اغْتَسَلَتْ وَنَسِيتَ شَيْئًا مِنْ بَدَنِهَا ، فَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ عَضْوِ انْقَطَعَتِ الرَّجْعَةُ وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ) لِأَنَّهُ قَلِيلٌ يَتَسَارِعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ فَلَمْ يَنْتَبِهْ بِعَدَمِ غَسْلِهِ ، فَقَلْنَا بِانْقِطَاعِ الرَّجْعَةِ وَعَدَمِ حُلِّ الزَّوْجِ أَخْذًا بِالْإِحْتِيَاظِ (وَإِنْ كَانَ عَضْوًا لَمْ تَنْقَطِعْ) لِأَنَّهُ كَثِيرٌ لَا يَتَسَارِعُ إِلَيْهِ الْجَفَافُ فَافْتَرَقَا ، وَالْمُضْمَضَةُ وَالِاسْتِنْشَاقُ كَالْعَضْوِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ لِأَنَّ الْخُدُثَ بَاقٍ فِي عَضْوِهِ . وَعِنْدَ مُحَمَّدٍ لَا لَوْ قُورِعَ الْإِخْتِلَافُ فِي فَرْضَيْهِمَا فَيَنْقَطِعُ حَقُّ الرَّجْعَةِ ، وَلَا تَحِلُّ لِلْأَزْوَاجِ إِحْتِيَاظًا . قَالَ (وَمَنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ وَقَالَ لَمْ أَجَامِعْهَا فَلَهُ الرَّجْعَةُ) وَكَذَا إِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ لِأَنَّ الْحَبْلَ وَالْوِلَادَةَ فِي وَقْتٍ يُمْكِنُ حَبْلُهُ مِنْهُ يَجْعَلُ مِنْهُ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ » وَإِذَا كَانَ مِنْهُ كَانَ وَاطِنًا ، وَالطَّلَاقُ بَعْدَ الْوِطْءِ يَعْقِبُ الرَّجْعَةَ (وَإِنْ قَالَ ذَلِكَ بَعْدَ الْخُلُوةِ الصَّحِيحَةِ فَلَا رَجْعَةَ لَهُ) لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِنَّمَا تُثَبَّتُ بِعَقِبِ الطَّلَاقِ فِي مَلِكٍ مُتَأَكِّدٍ بِالْوِطْءِ ، وَقَدْ أَقْرَأَ بِعَدَمِ الْوِطْءِ فَيُثَبَّتُ فِيهَا لَهُ وَالرَّجْعَةُ حَقُّهُ ، بِخِلَافِ الْمَهْرِ

وَإِذَا قَالَ لَهَا : إِذَا وَلَدْتَ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَوَلَدَتْ ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ مِنْ بَطْنِ
أُخْرَى فَهِيَ رَجْعَةٌ ، وَالْمُطَلَّقةُ الرَّجْعِيَّةُ تَنْشَوُّ وَتَتَزَيَّنُّ وَيُسْتَحَبُّ
لِزَوْجِهَا أَنْ لَا يَدْخُلَ عَلَيْهَا حَتَّى يُؤْذِنَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مُطَلَّقَتَهُ الْمُبَانَّةَ
بِدُونِ الثَّلَاثِ فِي الْعِدَّةِ وَبَعْدَهَا ، وَالْمُبَانَّةُ بِالثَّلَاثِ لَا تَحِلُّ لَهُ حَتَّى تَنْكِحَ
زَوْجًا غَيْرَهُ نِكَاحًا صَحِيحًا ، وَيَدْخُلُ بِهَا ثُمَّ تَبَيَّنَ مِنْهُ ، وَلَا تَحِلُّ لِلأَوَّلِ
بِمِلْكِ الْيَمِينِ وَلَا بِوُطْءِ الْمُؤَلَّى وَالشَّرْطُ هُوَ الْإِنْزَالُ دُونَ الْإِنْزَالِ ،

لأن وجوبه بناء على تسليم المبدل لأعلى قبضه . قال (وإذا قال لها : إذا ولدت فأنت طالق
فولدت ثم ولدت آخر من بطن أخرى فهي رجعة) لأن الطلاق وقع بالولد الأول ، والولد
الآخر يكون من علق آخر في العدة حملا لخالها على الصلاح فيصير مراجعا بالوطء لأنها
لم تفر بانقضاء عدتها . قال (والمطلقة الرجعية تنشوف وتزين (١)) لقيام النكاح بينها وبين
الزوج على ما بينا ، والرجعة مستحبة والزينة حاملة عليها فتجوز (ويستحب لزوجها أن
لا يدخل عليها حتى يؤذنها) إذا لم يكن قصده الرجعة لاحتمال أن يقع نظره عليها وهي
متجردة فتحصل الرجعة ثم يطلقها فتطول عليها العدة . قال (وله أن يتزوج مطلقة المبانة
بدون الثلاث في العدة وبعدها) لأن حل الحلية باق إذ زواله بالثلاثة ولم توجد ، وإنما
لا يجوز لغيره في العدة تحرزا عن اشتباه الأنساب وهو معدوم في حقه (والمبانة بالثلاث
لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره نكاحا صحيحا ويدخل بها ثم تبين منه) لقوله تعالى
- فان طلقها - يعنى الثالثة - فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره - والنكاح المطلق
، الشرع ينصرف إلى الصحيح حتى لو دخل بها في نكاح فاسد لا تحل للأول ، وقوله
- حتى تنكح - يقتضى الدخول لما ذكرنا أن النكاح الشرعى هو الوطء ولقوله زوجا
ونكاح الزوج لا يكون إلا بالوطء ، ويدل عليه الحديث المشهور وهو ما روى في الصحيح
« أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها
ثلاثا فجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إني كنت تحت رفاعة
فطلقني فبت طلاق ، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير وإنما معه مثل هدبة الثوب ، فتبسم
ملى الله عليه وسلم وقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ قالت : نعم ، فقال : حتى
يذوق عسيلتك وتذوق عسيلته ، وسواء دخل بها في حيض أو نفاس أو لإحرام لحصول
الدخول (ولا تحل للأول بملك اليمين ولا بوطء المؤلى) لأن الشرط نكاح زوج غيره
ولم يوجد (والشرط هو الإيلاج دون الإنزال) لحصول نكاح زوج غيره ، والحديث ورد

(١) التشاف خاص بالوجه ، والتزين عام بالبدن فهو من عطف العام على الخاص .

وَأَنْ يَكُونَ الْمُحْلَلُ يُجَامَعُ مِثْلُهُ ، فَانْ تَزَوَّجَهَا بِشَرْطِ التَّحْلِيلِ كَرِهَ (س) وَحَلَّتْ لِلأَوَّلِ (سم) ، وَالزَّوْجُ الثَّانِي يَهْدِمُ مَا دُونَ الثَّلَاثِ (مز) ، وَلَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا فَقَالَتْ : قَدْ انْقَضَتْ عِدَّتِي وَتَحَلَّلْتُ وَانْقَضَتْ عِدَّتِي وَالْمُدَّةُ تَحْتَمِلُهُ وَغَلَبَ عَلَى ظَنِّي صِدْقُهَا جَازَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا .

باب الإيلاء

على غالب الحال ، فان الغالب في الحماح الإنزال أو نقول الكتاب غرى عن ذكر الإنزال فلا يزداد عليه . قال (هـ أن يكون المحلل يجامع مثله) سواء كان مراهقاً أو بالغاً لوجود الشرط وهو الإيلاج ، ولا يجوز صغير لا يقدر على الإيلاج لعدم الوطء المراد من النكاح . قال (فان تزوجها بشرط التحليل كره وحلت للأول) وقال أبو يوسف : النكاح فاسد لأنه كالمؤقت ولا تحل للأول لفساده . وقال محمد : هو جائز لشروط الجواز ولا تحل للأول لأنه عجل ما أخره الشرع فيعاقب بالمنع كقتل المورث . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله المحلل والمحلل له » ومراده النكاح بشرط التحليل فيكره لأحديث وتحل للثاني لأنه عليه الصلاة والسلام سماه محلاً وهو المثلث للحل ، أو نقول وجد الدخول في نكاح صحيح ، لأن النكاح لا يفسد بالشرط فتحل للأول ، ولو تزوجها بقصد التحليل ولم يشترطه حلت للأول بالإجماع ، والطلقتان في الأمة كالثلاث في الحرّة لما مرّ . قال (والزواج الثاني يهدم مادون الثلاث) وصورته إذا طلق امرأته طليقة أو طليقتين وانقضت عدتها وتزوجت بزواج آخر ودخل بها ثم طلقها وانقضت عدتها ثم تزوجها الأول عادت إليه بثلاث طلاقات . وهدم الزوج الثاني الطليقة والطليقتين كما هدم الثلاث . وقال محمد وزفر : تعود إلى الأول بما بقي من الثلاث في النكاح الأول ، لأن الزوج الثاني إنما يثبت الحل إذا انتهى ، والحل لم ينته لأنها تحل له بالعقد قبله فلا يكون مثبتاً له . ولنا أنه وطء من زوج ثان فرفع الحكم المتعلق بالطلاق كما في الثلاث . قال (ولو طلقها ثلاثاً فقالت : قد انقضت عدتي وتحللت وانقضت عدتي والمدة تحتمله وغلب على ظني صدقها جاز له أن يتزوجها) لأنه إن كان أمراً دينياً فقول الواحد فيه مقبول كرواية الأخبار والإخبار عن القبلة وطهارة الماء ، وإن كان معاملة فقول الواحد مقبول في المعاملات على ما عرف ، وتماه يعرف في باب العدة إن شاء الله تعالى .

باب الإيلاء

وهو في اللغة : مطلق اليمين ، قال :
قليل الألياء حافظ ليمينه وإن بدرت منه الألية برت

إِذَا قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَقْرَبُكَ ، أَوْ لَا أَقْرَبُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ فَهُوَ مُؤَلٍّ ، وَكَذَلِكَ
لَوْ حَلَفَ بِحَجٍّ أَوْ صَوْمٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ عِتْقٍ أَوْ طَلَاقٍ ، فَإِنْ قَرَّبَهَا فِي الْأَرْبَعَةِ
الْأَشْهُرِ حَنْثٌ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ وَبَطْلُ الْإِبْلَاءِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْرَبَهَا وَمَضَتْ أَرْبَعَةُ
أَشْهُرٍ بَانَتْ بِتَطْلِيْقَةٍ ؛

وفي الشرع : اليمين على ترك وطء المنكوحه مدة مخصوصة ، وقيل الحلف على ترك
الوطء المكسب للطلاق عند مضي أربعة أشهر ، فالاسم الشرعي فيه معنى اللغة . وألفاظه
صريح وكنابة ، فالصريح لا يحتاج إلى نية مثل قوله : لا أقربك ، لأجامعك ، لا أطوك ،
لا أغتسل منك من جنبك ، لا أفتضك إن كانت بكرا . والكنابة : لأمسك ، لا آتيك ،
لا أدخل بك ، لا أغشاك ، لا يجمع رأسي ورأسك شيء ، لا أبيت معك على فراش ،
لا أضاجعك ، لا أقرب فراشك ونحوه ، ولا بد فيه من النية . وقال محمد : إذا قال : والله
لا يمسه جلدي جلدك لا يكون موليا لأنه يقدر على جماعها بغير ماسة بأن يلف على ذكره
حريرة ولأنه يحث بغير الجماع ، والمولى من يقف حنثه على الجماع خاصة . والأصل أن
المولى من لا يمكنه قربان امرأته إلا بشيء يلزمه لأن حرمة الوطء إنما تنتهي بالحنث والحنث
موجب للكفارة أو بشيء يلزمه ، ولا يكون الإيلاء إلا بالحلف على ترك الجماع في الفرج
لأن حقها في الجماع في الفرج فيتحقق الظلم . قال (إذا قال : والله لا أقربك ، أو لا أقربك
أربعة أشهر فهو مؤل) والأصل فيه قوله تعالى - للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة
أشهر - الآية ، فتكون مدة الإيلاء أربعة أشهر من غير زيادة ولا نقصان ، إذ لو كانت
المدة أقل من ذلك أو أكثر لم يكن في التنصيص على الأربعة فائدة . قال (وكذلك لو حلف
بحجٍّ أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق) مثل أن يقول : إن قربتك فله على الحج ،
أو يقول : فله على صوم كذا ، أو يجعل الجزاء صدقة ، أو عتق عبد ، أو طلاقها أو طلاق
غيرها ، لأن اليمين موجودة في ذلك كله ، لأن اليمين بغير الله تعالى شرط وجزاء ، لأن
المقصود منها الحمل أو المنع ، وهذه الأشياء توجب ذلك لما تتضمنه من المشقة ، ولأنه
لا يمكنه قربانها إلا بشيء يلزمه ، وإذا وجدت اليمين فقد وجدت الإيلاء فدخل تحت التنصيص
ولو قال : إن قربتك فعلى أن أصلي ركعتين أو أغزو لم يكن موليا . وقال محمد : هو مؤل
لأنه يصح إيجابها بالنذر كالصوم والصدقة . ولهما أن الصلاة ليست في حكم اليمين حتى
لا يحلف بها عادة فصار كصلاة الجنازة وسجدة التلاوة (فان قربها في الأربعة الأشهر
حنث) لوجود شرطه (وعليه الكفارة) لأن الحنث موجب للكفارة (وبطل الإيلاء)
لما بينا أن اليمين تنحل بالحنث (وإن لم يقربها ومضت أربعة أشهر بانتهت بتطليقة) هذا
مذهب عامة الصحابة وتفسير قوله تعالى - فان عزموا الطلاق - أي عزموا الطلاق بالإيلاء

فإن كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت ، وإن كانت مؤبدة فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء على الوجه الذي بينا ، فإن وطئها في الأربعة أشهر من وقت التزوج حنث وإلا وقعت أخرى ، فإن عاد فتزوجها فكذلك ، فإن تزوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء ، فإن وطئ كفر للحنث ؛ وأقل مدة الإيلاء في الحررة أربعة أشهر ، ومدة إيلاء الأمة شهران ؛ وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مول ، ومن البائنة لا ،

السابق وهي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه ، وعنه وعن ابن عباس رضي الله عنهم : عزم الطلاق انقضاء الأربعة أشهر من غير فيء . وقراءة ابن مسعود رضي الله عنه - فإن فاءوا فيهن - أي في الأربعة أشهر ، ولأنه تعالى قال - للذين يؤلون - ثم قال - فإن فاءوا ، وإن عزموا الطلاق - وهذه الفاء للتقسيم ، فأحد القسمين يكون في المدة وهو الفاء ، والآخر بعدها وهو الطلاق كقوله تعالى - وإذا طلقتم النساء - ثم قال - فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن - لما ذكر المدة وجاء بالفاء كان للتقسيم ، وكان الإمساك وهو الرجعة في المدة والتسريح وهو البينة بعدها فكذلك هنا . قال (فإن كانت اليمين أربعة أشهر فقد انحلت) لانقضاء المدة (وإن كانت مؤبدة ، فإن عاد فتزوجها عاد الإيلاء على الوجه الذي بينا) لبقاء اليمين ، لأن اليمين لا تنتهي إلا بالحنث أو بمضي المدة المؤقتة ، وإنما لم يقع طلاق آخر قبل التزوج ، لأن الحرمة مضافة إلى البينة لا إلى الإيلاء فلم يوجد المنع باليمين فإذا تزوجها ارتفعت الحرمة الثابتة بالبينة وبقيت حرمة الإيلاء ، فوجد منع الحق فترتب عليه حكمه (فإن وطئها في الأربعة أشهر من وقت التزوج حنث وإلا وقعت أخرى) لما بينا (فإن عاد فتزوجها فكذلك) لما مر (فإن تزوجها بعد زوج آخر فلا إيلاء) معناه : أنه لا يقع الطلاق بمضي المدة لانتهاؤها ما كان يملكه من الطلاق في النكاح الأول وفيه خلاف زفر وقد تقدم ، إلا أن اليمين باقية لعدم الحنث (فإن وطئ كفر للحنث) قال (وأقل مدة الإيلاء في الحررة أربعة أشهر) فلو آلى أقل من أربع أشهر لا يكون موليا ، لقول ابن عباس رضي الله عنهما : لا إيلاء فيما دون أربعة أشهر ، ولما مر (ومدة إيلاء الأمة شهران) لما عرف أن الرق منصف ، وأنها مدة ضربت للبينة فتتصرف كالعدة ، والآية تناولت الحرائر دون الإماء ، لأن اسم النساء والزوجات عند الإطلاق ينصرف إلى الحرائر دون الإماء لأن معنى الأزواج في الإماء ناقص ، لأن للمولى أن يستخدمها ولا يبيتها بيت الزوج ، والاسم عند الإطلاق ينصرف إلى الكامل ، فإن اعتقت في مدة الإيلاء تصير أربعة أشهر كما في العدة . قال (وإن آلى من المطلقة الرجعية فهو مول ، ومن البائنة لا) لقيام الزوجية

وَلَاِنْ قَالَ : لَا أَقْرَبُكَ شَهْرَيْنِ بَعْدَ شَهْرَيْنِ فَهُوَ مُوَلٍ ؛ وَلَوْ قَالَ : لَا أَقْرَبُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا فَلَيْسَ بِمُوَلٍ (ز) ،

وحلّ الوطء في الأولى على ما بينا دون الثانية ، فكانت الأولى من نسايم دون الثانية ؛ ولو حلف لا يقرب زوجته وأمه ، أو زوجته وأجنبية لا يصير مولا ما لم يقرب الأجنبية أو أمته ، فإذا قربها صار مولا ، لأنه لا يمكنه قربانها بعد ذلك إلا بالكفارة ؛ ولو قال لهما : لأقرب إحداكما لا يكون مولا كما إذا قال لزوجته وأمه : إحداكما طالق ، فإن قرب إحداهما لزمته الكفارة للحنث ؛ ولو قال لهما : لأقرب واحدة منكما كان مولا من امرأته ، لأن النكحة في النفي تعم ، ولو قرب واحدة منهما حنث ؛ ولو قال : أنت على مثل امرأة فلان ، وقد كان فلان آلى من امرأته ، فإن نوى الإيلاء كان مولا وإلا فلا ؛ ولو قال : أنت على كالميتة ونوى الميّن يكون مولا لأنه بمنزلة الكناية ؛ ولو آلى من امرأته ثم قال لأخرى : أشركتك في إيلاء هذه لا يصير مولا ، بخلاف الطلاق والظهار ، لأنه لو اشتركا في الإيلاء يتغير حكم الإيلاء وهو لزوم الكفارة بقربان الأولى وحدها ، وإذا صحّ الاشتراك لا تجب الكفارة ما لم يقربهما ، ولا يمكن تغيير الميّن بعد انعقادها ، ولا كذلك الطلاق والظهار . وعن الكرخي : لو قال لامرأته : أنت على حرام ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها كان مولا منهما ، لأن إثبات الشركة هنا لا يغير موجب الميّن وهو إثبات الحرمة ، فانه لو قال : أنما على حرام كان مولا من كل واحدة منهما على حدة ، ويلزمه بوطء كل واحدة كفارة ، بخلاف قوله : والله لأقربكما لأنه إيلاء لما يلزمه من هتك حرمة الاسم وذلك لا يتحقق إلا بقربانها ؛ وإذا آلى العبد من امرأته فملكته لا يبقى الإيلاء ، فلو باعته أو أعتقته ثم تزوّجها عاد الإيلاء كما إذا حلف بعنتي عبده إن وطئها فباعه ثم استردّه عاد الإيلاء ؛ ولو قال : إن قربتك فكل مملوك أملكه في المستقبل حرّ فهو مولى . وقال أبو يوسف : لا يكون مولا لأنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه بأن يقربها ولا يتملك مملوكا أصلا . ولهما أنه لا يقدر على الامتناع عن جميع أسباب التملكيات كالإرث ، إذ في الامتناع عن الجميع مشقة ومضرة ، وعلى هذا لو قال : فكل امرأة أتزوّجها فهي طالق ، وعلى هذا إذا علق وطأها بعنتي عبد بعينه ، لأبي يوسف أنه يقدر على وطئها بغير شيء يلزمه بأن يبيعه ثم يطأها . ولهما أنه لا يوصل إلى ذلك إلا بالحنث غالبا أو بالبيع وأنه مشقة أيضا (وإن قال : لأقربك شهرين بعد شهرين فهو مولى) لأن الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع ؛ ولو سكت ساعة ثم قال : وشهرين بعد الشهرين الأولين لا يكون مولا ، لأن ابتداء الميّن الثانية حين حلف فقد تخلل بين الأربعة الأشهر وقت ليس مولا فيه فلم توجد مدة الإيلاء . قال (ولو قال : لأقربك سنة إلا يوما فليس بمولى)

وَإِذَا كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ مَرِيضًا لَا يَقْدِرُ عَلَى الْجَمَاعِ ، أَوْ هُوَ مَحْجُوبٌ ، أَوْ هِيَ رَتْقَاءُ أَوْ صَغِيرَةٌ ، أَوْ بَيْنَهُمَا مَسِيرَةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ مَحْبُوسًا لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، فَقَالَ فِي مَدَّةِ الْإِبْلَاءِ : فِثْتُ إِلَيْهَا سَقَطَ الْإِبْلَاءُ إِنْ اسْتَمَرَ الْعُدْرُ مِنْ وَقْتِ الْحَلْفِ إِلَى آخِرِ الْمَدَّةِ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَى الْجَمَاعِ بَعْدَ ذَلِكَ فِي الْمَدَّةِ لَزِمَهُ الْفَتَى بِالْجَمَاعِ ،

خلافا لزر ، وهو يصرف اليوم إلى آخر السنة كالإجارة فصار كما إذا تلفظ به . ولنا أنه يمكنه قربانها من غير شيء يلزمه وذلك في اليوم المستثنى وهو يوم منكر له أن يجعله أى يوم شاء ، فان قربها وقد بنى من السنة أربعة أشهر صار موليا لسقوط الاستثناء بخلاف الإجارة لأنه يصرف إلى آخر السنة تصحيحا لها لأنها لاتصح مع التنكير .

فصل

(وإذا كان أحد الزوجين مريضا لا يقدر على الجماع ، أو هو محجوب ، أو هي رتقاء ، أو صغيرة ، أو بينهما مسيرة أربعة أشهر ، أو محبوسا لا يقدر عليها ، فقال في مدة الإبلاء : فثت إليها سقط الإبلاء إن استمر العذر من وقت الحلف إلى آخر المدة) روى ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه .

اعلم أن النية عبارة عن الرجوع ، يقال : فاء الظل : إذا رجع ، ولما قصد المولى باليمين منع حقها من الوطء سمي الرجوع عنه فيثا ، قال تعالى - فان فاءوا - أى رجعوا عن قصدهم ، والنية نوعان بالجماع والقول عند عدمه : فالنية بالجماع يبطل الإبلاء في حق الطلاق والحنث جميعا ، والنية باللسان بدل من النية بالجماع في إبطال الطلاق دون الحنث حتى لو قربها بعد ذلك لزمته الكفارة ؛ والبطلان إنما يعتبر بحالة العجز عن الأصل فيعتبر لعجز عن الجماع مستداما من وقت الإيلاج إلى تمام المدة ، حتى لو قدر على الجماع في بعض المدة ففويؤه الجماع لاغير : لأنه لما قدر عليه ولم يفعل فالتقصير جاء من قبله فلا يعتبر عاجزا ، روى ذلك عن عليّ وابن عباس وابن مسعود وجماعة من التابعين رضي الله عنهم . وصفة النية أن يقول : فثت إليك أو رجعت إليك . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يقول : اشهدوا أني قد فثت إلى امرأتي وأبطلت إيلاءها . وهذه الشهادة احتياطا احترازا عن التجاحد لاشروطا . وهذا لأنه أوحشها بالكلام بذكر المنع فيرضيها بالرجوع عنه حقيقة بالوطء . فإذا لم يقدر عليه يرضيها بغاية ما يقدر عليه وهو الوعد باللسان فيرتفع الظلم (فإذا قدر على الجماع بعد ذلك في المدة لزمه النية بالجماع) لأنه قدر على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف ؛ ولو آتى من امرأته وبينهما أقل من أربعة أشهر إلا أنه يمنعه

وَأِنْ قَالَ لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ ، فَإِنْ أَرَادَ الْكَذِبَ صُدِّقَ ، وَإِنْ أَرَادَ الطَّلَاقَ فَوَاحِدَةٌ بَائِنَةٌ ، وَإِنْ نَوَى الثَّلَاثَ فَثَلَاثٌ ، وَإِنْ أَرَادَ الظَّهَارَ فَظَهَارٌ (م) وَإِنْ أَرَادَ التَّحْرِيمَ أَوْ لَمْ يَرِدْ شَيْئًا فَهُوَ إِبْلَاءٌ .

باب الخلع

وَهُوَ أَنْ تَفْتَدِيَ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا بِمَالٍ لِيَخْلَعَهَا بِهِ ، فَإِذَا فَعَلَتْ لَزِمَهَا الْمَالُ وَوَقَعَتْ تَطْلِيقَةٌ بَائِنَةٌ ،

السلطان أو العدو أو كان أحدهما محرما واستمر الإحرام أربعة أشهر لا يصح فيؤه إلا بالجماع لأنه قادر عليه . وقال زفر : في الإحرام فيؤه القول ، لأن المنع من جهة الشرع وهو الحرمة فكان عذرا . قلنا الحرمة حق الشرع ، والوطء حقها ، وحق العبد مقدم على حق الشرع بأمره . قال (وإن قال لامرأته : أنت على حرام فإن أراد الكذب صدق) لأنه حقيقة كلامه ، وقيل لا يصدق لأنه يمين ظاهرا (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) لأنه من الكنايات (وإن نوى الثلاث فثلاث) وقد مر (وإن أراد الظهار فظهار) لأن في الظهار نوع حرمة وقد نواه بالمطلق فيصدق لأنه من باب المجاز . وقال محمد : لا يكون ظاهرا لعدم التشبيه بالحرمة (وإن أراد التحريم أو لم يرد شيئا فهو إبلاء) لأن تحريم الحلال يمين هذا هو الأصل وموضعه كتاب الأيمان ، والمتأخرون من أصحابنا صرفوا لفظة التحريم إلى الطلاق حتى قالوا يقع بغير نية ، وألحقوه بالصريح لكثرة الاستعمال فيه والعرف .

باب الخلع

وهو في اللغة : القلع والإزالة ، قال تعالى - فاخلع نعليك - ومنه خلع القميص إذا أزاله عنه ، وخلع الخلافة : إذا تركها وأزال عنه كلفها وأحكامها . وفي الشرع : إزالة الزوجية بما تعطيه من المال ، وهو في إزالة الزوجية بضم الخاء ، وإزالة غيرها بفتحها ، كما اختص إزالة قيد النكاح بالطلاق وفي غيره بالإطلاق . قال (وهو أن تفتدي المرأة نفسها بمال ليخلعها به ، فإذا فعلا لزمها المال ووقعت تطليقة بائنة) والأصل في جوازه قوله تعالى - فإن خفتم أن لا يقيموا حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به - وإنما تقع تطليقة بائنة لقوله عليه الصلاة والسلام « الخلع تطليقة بائنة » ولأنه كناية فيقع به بائنا لما مر ولا يحتاج إلى نية ، إما لدلالة الحال ، أو لأنها ما رضيت ببذل المال إلا لتملك نفسها وتخرج من نكاحه ، وذلك بالبينونة وهو مذهب عمر وعثمان وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم ؛ والخلع من جانبه تعليق الطلاق بقبولها فلا يصح رجوعه عنها ، ولا يبطل بقيامه من المجلس

وَيَكْثَرُهُ أَنْ يَأْخُذَ مِنْهَا شَيْئًا إِنْ كَانَ هُوَ النَّاشِزَ ، وَإِنْ كَانَتْ هِيَ النَّاشِزَةَ كَرِهَ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا ، وَإِنْ أَخَذَ مِنْهَا أَكْثَرَ مِمَّا أَعْطَاهَا حَلَّ لَهُ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ طَلَّقَهَا عَلَى مَالٍ فَتَقَبَّلَتْ وَقَعَ الطَّلَاقُ بَائِنًا وَيَلْزَمُهَا الْمَالُ بِالتَّزَامِهَا ، وَمَا صَلَحَ مَهْرًا صَلَحَ بَدَلًا فِي الْخُلْعِ ، فَإِذَا بَطَلَ الْبَدَلُ فِي الْخُلْعِ كَانَ بَائِنًا وَفِي الطَّلَاقِ يَكُونُ رَجْعِيًّا ؛

ويصح مع غيبتها ، فإذا بلغها كان لها خيار القبول في مجلس علمها ، ويجوز تعليقه بالشرط والإضافة إلى الوقت كقوله : إذا قدم فلان أو إذا جاء فلان فقد خالعتك على ألف يصح ، والقبول إليها إذا قدم فلان أو جاء غد ، والخلع من جانبها تمليك بعوض كالبيع فيصح رجوعها قبل قبوله ويبطل بقيامها من المجلس ، ولا يتوقف حال غيبته ، ولا يجوز التعليق منها بشرط ولا الإضافة إلى وقت ؛ ولو خالعتها بألف على أنه بالخيار ثلاثة أيام فالخيار باطل ، وإن قال على أنها بالخيار فكذا عندنا لأن الخلع طلاق ويمين ولا خيار فيها . وعند أبي حنيفة الخيار لها صحيح ، فإن ردت في الثلاث بطل الخلع ، لأن الخلع طلاق من جانبها تمليك من جانبها فيجوز الخيار لها دونه . قال (ويكره أن يأخذ منها شيئا إن كان هو الناشز) قال تعالى - وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا - فحملناه على الكراهية عملا بالنص الأول ، وقيل هي نهى تزيين لالتعريم (وإن كانت هي الناشزة كره له أن يأخذ أكثر مما أعطاه) لما روى « أن جميلة بنت عبد الله بن أبي سلول - وقيل حبيبة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن شماس - فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله لأنا ولا هو ، فأرسل رسول الله إلى ثابت - فقال : قد أعطيتها حديقة ، فقال لها : أتردين عليه حديقته وتملكين أمرك ؟ فقالت نعم وزيادة . قال : أما الزيادة فلا ، فقال عليه الصلاة والسلام : يا ثابت خذ منها ما أعطيتها ولا تزدد وخل سبيلها ، ففعل وأخذ الحديقة ، فنزل قوله تعالى - ولا يعل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا - إلى قوله - فلا جناح عليهما فيما افترضت به - ، (وإن أخذ منها أكثر مما أعطاهما حل له) بمطلق الآية . قال (وكذلك إن طلقها على مال فقبلت وقع الطلاق بائنا) لما قلنا (ويلزمها المال بالتزامها) ولأنه ما رضى بالطلاق إلا ليسلم له المال المسمى . وقد ورد المشرق به فيلزمها . قال (وما صلح مهرا صلح بدلا في الخلع) لأن البضع حال اندخول متقوم دون حال الخروج ، فإذا صلح بدلا للمتقوم فلان يصلح لغير المتقوم أولى . قال (فإذا بطل البدل في الخلع كان بائنا ، وفي الطلاق يكون رجعيا) وذلك مثل أن يتخالعا على خمر أو خنزير أو ميتة ونحوه ؛ أما وقوع الطلاق فلا أثره علقه بقبوضه وقد وجد ، وأما البينونة في الخلع فلائنه كناية ، والرجعي في الطلاق

وإن قالت : خالعتني على ما في يدي ولئيس في يدي شيء فلا شيء عليها ؛
ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي من متاع ولا شيء
في يديها ولا متاع في بيتها ردت عليه مهرها ؛ ولو خلعت ابنته الصغيرة على
مالها لا يلزمها شيء ، وفي الكبيرة يتوقف على قبولها ، ولو ضمن المال
لزمه في المسألتين ؛

لأنه صريح ولا يجب للزوج عليها شيء ، لأن البضع لا قيمة له عند الخروج وهي ما سمت
له مالا فيغير به ، ولأنه لا سبيل إلى المسمى للإسلام ولا إلى غيره لعدم الالتزام ، بخلاف
النكاح ، لأن البضع متقوم حالة الدخول ، ومهر المثل كالمسمى شرعا ، وبخلاف ما إذا
خالعها على هذا الدن من الحل فاذا هو خمر لأنها سمت له مالا فاغتر به ، وبخلاف العتق
والكتابة على خمر حيث تجب قيمة العبد لأنه ملك متقوم وما رضى بخروجه بغير عوض ،
ولا كذلك البضع حالة الخروج على ما بينا ؛ ولو خلعها على عبد فاذا هو حر رجع بالمهر .
وعقد أبي يوسف بقيمته لو كان عبدا ؛ ولو خلعها على ثوب ولم يسم جنسه ، أو على دابة
فله المهر ، وفي العبد الوسط كما في المهر ، وكذا على ثوب هروى فطلع مرويا يرجع بهروى
وسط ، ولو خلعها على دراهم معينة فاذا هي ستوقه رجع بالحياد ، ولا يرد بدل الخلع
إلا بعيب فاحش كما في المهر ؛ ولو خلعها بغير مال وقال لم أنو الطلاق صدق لأنه كناية ،
ولا يصدق إذا كان على مال ، لأن البدل لا يجب إلا بالبينونة (وإن قالت : خالعتني على
ما في يدي وليس في يديها شيء فلا شيء عليها) وكذا لو قالت : على ما في بيتي ولا شيء
في بيتها لأنها لم تسم المال لم تغره (ولو قالت : على ما في يدي من مال ، أو على ما في بيتي
من متاع ولا شيء في يديها ولا متاع في بيتها ردت عليه مهرها) والأصل في ذلك أنه متى
أطعمته في مال متقوم فلم يسلم له لفقده وعدمه رجع عليها بالمهر لأنها غرتة حيث أطعمته
في مال ، والمغرور يرجع على الغار بالمبدل . فاذا فات المشروط المطمع فيه زال ملكه
مجانا فيلزمها أداء المبدل وهو ملك البضع ، وقد عجزت عن رده فيلزمه رد قيمته وهو
المهر ؛ ولو خالعها بما لها عليه من المهر ولم يبق لها عليه شيء من المهر لزمها رد المهر ،
وإن علم الزوج أن لامهر لها عليه ولا متاع لها في البيت لا يلزمها شيء ؛ ولو قالت : على
ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ولا شيء في يديها لزمها ثلاثة دراهم لأنها سمت الدراهم
وأقل الجمع ثلاثة . قال (ولو خلعت ابنته الصغيرة على مالا لا يلزمها شيء) لأنه لا نظر
لها فيه ، إذ البدل متقوم والمبدل لا قيمة له على ما بينا (وفي الكبيرة يتوقف على قبولها)
لأنه لا ولاية له عليها فصار كالفضولي (ولو ضمن المال لزمه في المسألتين) لأن شرط بدلي
خلع على الأجنبي جائز فعلى الأب أولى ؛ ولو اختلعت الصغيرة نفسها على صداقها وقع

وَلَوْ قَالَتْ : طَلَّقْنِي ثَلَاثًا بِأَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَعَلَّيْهَا ثُلُثُ الْأَلْفِ ، وَلَوْ
عَالَتْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَهَا وَاحِدَةً فَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ، وَلَوْ قَالَ
لَهَا : طَلَّقِي نَفْسَكَ ثَلَاثًا بِأَلْفٍ أَوْ عَلَى أَلْفٍ فَطَلَّقَتْ وَاحِدَةً لَمْ يَقَعْ شَيْءٌ ،
وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ وَعَلَيْكَ أَلْفٌ فَقَبِلَتْ طَلَّقَتْ وَلَا شَيْءَ عَلَيْهَا (سم) ،

الطلاق لأنه علقه بقبولها ، ولا يسقط الصداق لأنها ليست من أهل الالتزام لما فيه من الضرر ،
ولو خلعها أبوها على صداقها لا يسقط ، ثم إن قبلت الصغيرة الخلع وقع الطلاق ، وإن
قبل الأب فيه روايتان : في رواية لا يقع لأنه كالأجنبي إذا لم يصف البدل إلى نفسه ،
ويحتمل أن الخلع مضرة بها فلا يقوم قبوله مقام قبولها . وفي رواية يقع لأنه نفع محض
بالخلاص عن عهده فصار كقبول الهبة ، ولو ضمن الأب الصداق رجوع الزوج عليه وإلا
فلا ، وكذلك الأجنبي لأنه متى ضمن البدل فالخلع يتم بقبوله لا بقبولها لأنه يجب البدل عليه
بالإتزام من ملكه ولا يجب عليه إلا إذا وقع العقد معه . قال (ولو قالت : طلقني ثلاثا
بألف فطلقها واحدة فعليها ثلث الألف ، ولو قالت : على ألف فطلقها واحدة فلا شيء
عليها وهي رجعية) وقالا : هما سواء لأن على كالباء في المعاوضات ، لأن قوله أحمل
هذا بدرهم وعلى درهم سواء . ولأبي حنيفة أن حرف الباء للمعاوضة وهي تصحب الأعواض
فيتقسم العوض على المعوض ، وإذا وجب المال كانت بائنة ، أما على فإنها للشرط
قال تعالى - يابيعنك على أن لا يشركن بالله شيئا - أي بهذا الشرط ، وكذا لو قال : أنت
طالق على أن تدخل الدار كان شرطا ، والمشروط لا يتقنم على أجزاء الشرط ، لأن وجوب
الألف صار معلقا بالتطليق ثلاثا فلا يلزم قبله ، لأن المعلق عدم قبل وجود الشرط ، وإذا
لم يجب المال فقد طلقها بصريح الطلاق ، فكانت رجعية (ولو قال لها : طلق نفسك ثلاثا
بألف أو على ألف فطلقك واحدة لم يقع شيء) لأنه ما رضى بالبينونة إلا ليسلم له جميع
الألف بخلاف المسألة الأولى لأنها لما رضيت بالبينونة بالألف فلأن ترضى ببعضها كان
أولى (ولو قال لها : أنت طالق وعليك ألف فقبلت طلقك ولا شيء عليها) وكذلك إن
لم تقبل ، وقالا : إن قبلت فعليها الألف ، وإلا لا شيء عليها ، لأن هذا الكلام يستعمل
للمعاوضة ، يقال : اعمل هذا ولك درهم كقوله بدرهم ، وله أن قوله وعليك ألف
لا ارتباط له بما قبله ، إذ الأصل ذلك ولا دلالة على الارتباط ، لأن الطلاق يوجد بدون
المال ، بخلاف البيع والإجارة فانهما لا ينفكان عن وجوب المال ؛ ولو قال لعبد : أنت
حر وعليك ألف فعلى الخلاف ؛ ولو قالت له : اخلعني على ألف فقال مجيبا لها : أنت
طالق كان كقوله خلعتك ؛ ولو قال : بع منك طلاقك بمهر ، فقالت : طلقك
نفسى بانته منه بمهرها بمنزلة قولها اشتريت ؛ ولو قال : بع منك تطليقة ، فقالت

والمبارأة كاخلع يسقطان كل (سم) حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء ويعتبر خلع المريضة من الثلث .

اشترت تقع واحدة رجعية مجانا لأنه صريح . قال (والمبارأة كاخلع يسقطان كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح حتى لو كان قبل الدخول وقد قبضت المهر لا يرجع عليها بشيء) ولو لم تقبض شيئا لا يرجع عليه بشيء ؛ ولو خالعا على مال آخر لزمها وسقط الصداق . وقال محمد : لا يسقط فيهما إلا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع شيخه في المبارأة . لمحمد أنه تعذر العمل بحقيقة اللفظين على ما يأتي فجعلنا كناية عن الطلاق على مال فلا يجب إلا ما سمياه . ولأبي يوسف أن المبارأة مفاعلة من البراءة وقضيتها البراءة من الجانين مطلقا ، إلا أننا اقتصرنا على ما وقعت المبارأة لأجله وهو حقوق النكاح . أما الخلع فيقتضي الانخلاع ، وقد حصل الانخلاع من النكاح فلا حاجة إلى حقوقه . ولأبي حنيفة أن الخلع عبارة عن الانخلاع والانتزاع على ما مر في أول الباب ، والمبارأة كما قال أبو يوسف تقتضي الانخلاع والبراءة من الجانين ، ونفس النكاح لا يخلع الانخلاع والبراءة ، وحقوقه قبل ذلك فتقع البراءة عنها ليحصل ما هو المقصود من الخلع وهو انقطاع المشاجرة بين الزوجين ، أو نقول يعمل باطلاقهما في النكاح وأحكامه وحقوقه بدلالة العوض ؛ ولو وقع الخلع بلفظ البيع والشراء فالأصح أنه يوجب البراءة عند أبي حنيفة ولو اختلعا ولم يذكر المهر ولا بدلا آخر فالصحيح أنه يسقط ما بقي من المهر وما قبضته فهو لها ، وإن ذكرنا نفقة العدة سقطت وإلا فلا لأنها لم تجب بعد ، ولا تقع البراءة عن نفقة الولد وهي ماثونة الرضاع إلا بالشرط لأنها لم تجب لها ، فان شرط البراءة منها في الخلع ووقتا بأن قال إلى سنة أو سنتين سقطت ، فان مات الولد قبل تمام المدة رجع عليها بما بقي من أجر مثل الرضاع إلى تمام المدة ، والحيلة لعدم الرجوع أن يقول : خالعتك على كذا ، أو على نفقة الولد إلى سنتين ، فان مات في بعض المدة فلا رجوع لي عليك . قال (ويعتبر خلع المريضة من الثلث) لأنه لاقيمة للبضع عند الخروج ، وليس من الحوائج الأصلية فكان كالوصية ، وهذا إذا ماتت بعد العدة أو قبل الدخول ؛ فأما إذا ماتت وهي في العدة فللزوجة الأقل من الميراث ، ومن المهر إن كان يخرج من الثلث ، وإن لم يخرج فله الأقل من ميراثها ومن الثلث .

فصل

إذا اختلعت المكاتب لزمها المال بعد العتق لأنه تبرع ، وسواء كان باذن المولى أو بغير

باب الظهار

وَهُوَ أَنْ يُشَبَّهَ امْرَأَتَهُ أَوْ عُضْوًا يُعْتَبَرُ بِهِ عَنْ بَدَنِهَا أَوْ جُزْءًا شَائِعًا مِثْلَ بَعْضِهِ لَا يَحِلُّ النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنْ أَعْضَاءٍ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ نِكَاحُهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ وَحُكْمُهُ : حُرْمَةُ الْجِمَاعِ وَدَوَاعِيهِ حَتَّى يُكْفَرَ ،

لإذنه لأنها محجورة عن التبرعات ؛ ولو اختلفت الأمة وأم الولد بإذن المولى لزمهما للحال وإذا خلع الأمة مولاهما من زوجها الحرّ على رقبتها صحّ الخلع بغير شيء ؛ ولو كان الزوج مكاتباً أو عبداً أو مدبراً جاز الخلع وصارت أمة للسيد ، والفرق أنها تصير مملوكة للمولى فلا يفسخ النكاح ، وفي الحرّ لو صارت مملوكة له بطل النكاح فيبطل الخلع .

أمتان تحت حرّ خلعهما المولى على رقبة إحداهما بعينها بطل الخلع فيها وصحّ في الأخرى ويقسم الثمن على مهرهما ، فما أصاب مهر التي صحّ خلعهما فهو للزوج من رقبة الأخرى ، ولو خلع كل واحدة منهما على رقبة الأخرى وقع الطلاقان بائنين بغير شيء ، لأنه قارن وقوع الطلاق على كل واحدة وقوع الملك في رقبتها فتعذر إيجاب العوض ، ولو طلق كل واحدة على رقبة صاحبها يقع رجعيًا .

باب الظهار

وهو في اللغة مشتق من لفظ الظهر ، يقال : ظاهر يظاهر ظهارا ، وأصله قول الرجل لامرأته : أنت على كظهر أمي ، ثم انتقل إلى غيره من الأعضاء ، وإلى غيرها من المحرمات (وهو أن يشبه امرأته أو عضوا يعبر به عن بدنها) كالرأس والوجه (أو جزءا شائعا منها) كالثلث والربع (بعضو لا يحل النظر إليه) كالظهر والفخذ والبطن والفرج ، لأن الكل في معنى الظهر في الحرمة (من أعضاء من لا يحل له نكاحها على التأييد) كأمه وبنته وجدته وعمته وخالاته وأخته وغيرهن من المحرمات على التأييد ، لأن الكل كالأم في تأييد الحرمة (وحكمه : حرمة الجماع ودواعيه حتى يكفر) تحرّزا عن الوقوع فيه كما في الإحرام ، بخلاف الحيض فإنه يكثر وقوعه فيحرج ولا كذلك الظهار ، وكان في الجاهلية طلاقا فجعله الشرع موجبا حرمة متناهية بالكفارة . والأصل فيه حديث خولة بنت ثعلبة ، وقيل بنت خويلد كانت تحت أوس بن الصامت وكانا من الأنصار فأرادها فأبى عليه ، فقال : أنت على كظهر أمي فكان أول ظهار في الإسلام ، ثم ندم وكان الظهار طلاقا في الجاهلية ، فقال : ما أظنك إلا قد حرمت على ، فقالت : والله ما ذاك بطلاق ، فأنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت : إن أوسا تزوجني وأنا شابة غنية ذات مال وأهل ، حتى

فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى ، والعود الذي تجب به الكفارة أن يعزم على وطئها ، ويتبغى لها أن تمنع نفسها منه وتطالبه بالكفارة ويحبره القاضي عليها ؛ ولو قال : أنت على مثل أمي أو كأمي ،

إذا أكل مالى وأفنى شبابى وتفرق أهلى وكبرت سنى ظاهر منى وقد ندم ، فهل من شيء يجمعنى وإياه تنعشنى به ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : حرمت عليه ، فجعلت تراجع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإذا قال لها : حرمت عليه هتفت وقالت : أشكو إلى الله فاقضى وشدة حالى ، وأن لى صبية صفارا إن ضممتهم إليه ضاعوا ، وإن ضممتهم لى جاعوا ، وجعلت تقول : اللهم إنى أشكو إليك ، اللهم فأنزل على لسان نبيك ، فتعشى رسول الله صلى الله عليه وسلم والروحى كما كان يتغشاها ، فلما سرى عنه قال : يا خولة قد أنزل الله فيك وفى أوس قرآنا وثلا - قد سمع الله قول التى تجادل فى زوجها - الآيات ، والظاهر جازئ بمن يجوز طلاقه من المسلمين لأن كل واحد منهما يوجب حرمة الزوجة ، ولا يكون من المطلقة باثنا لأنها حرام عليه . قال (فإن جامع قبل التكفير استغفر الله تعالى) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا ظاهر من امرأته فرأى خلخلها فى القمر فوقع عليها ، ثم جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر ذلك ، فقال له استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر ، ولأنه فعل فعلا محرما والأفعال المحرمة توجب الاستغفار ولا شيء عليه غيره ، لأنه لو كان لبيته عليه الصلاة والسلام ، ولا يحل قربانها بعد زوج آخر ولا بملك اليمين حتى يكفر لقوله تعالى - فتحرير رقبة من قبل أن يماس - قال (والعود الذى تجب به الكفارة أن يعزم على وطئها) لقوله عليه الصلاة والسلام « ولا تعد حتى تكفر » نهى عن الوطء إلى غاية التكفير فتنهى حرمة الوطء بالتكفير (ويتبغى لها أن تمنع نفسها منه لأنه حرام وتطالبه بالكفارة ويحبره القاضي عليها) إيفاء لحقها ، وكل ما لا يصدق القاضى فيه لا يسمع المرأة أن تصدقه فيه ، فلو قال أردت الإخبار عما مضى بكذب لم يصدق قضاء وصدق ديانة ؛ ولو قال : أنا منك مظاهر ، أو ظاهرت منك يصير مظاهرا لأنه صريح فيه ؛ ولو شبهها بامرأة زنى بها أبوه أو ابنه أو بابتة مزنيته فهو مظاهر عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على أن القاضى إذا قضى بجواز نكاحها ينفذ عند محمد خلافا لأبى يوسف . وسئل محمد عن المرأة تقول لزوجها : أنت على كظهر أمى ؟ قال : ليس بشيء ، لأن المرأة لا تملك التحريم كالطلاق . وسئل أبو يوسف فقال : عليها الكفارة ، لأن الظهار تحريم يرتفع بالكفارة وهى من أهل الكفارة فصح أن توجبها على نفسها . وسئل الحسن بن زياد فقال : هما شيخا الفقه أخطئا ، عليها كفارة يمين ، لأن الظهار يقتضى التحريم فكأنها قالت لزوجها : أنت على حرام ، فوجب عليها كفارة يمين إذا وطئها (ولو قال : أنت على مثل أمى أو كأمى)

فإن أراد الكرامة صدق ، وإن أراد الظهار فظهار ، وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة ، وإن لم يكن له نية فليس بشيء ؛ وكو قال لينائه : أنتن على كظهر أمي فعليه لكل واحدة كفارة ، وإن ظاهر منها مرارا في مجلس واحد أو في مجالس فعليه لكل ظهار كفارة .
والكفارة عتق رقبة يجزئ فيها مطلق الرقبة السليمة ، ولا يجزئ المدبر وأم الولد .

فهو كناية يرجع إلى نيته (فإن أراد الكرامة صدق) لأن ذلك من محتملات كلامه وهو مشهور بين الناس (وإن أراد الظهار فظهار) لأنه شبهها بجميعها ، وفي ذلك تشبيه بالعضو المحرم فيصح عند نيته (وإن أراد الطلاق فواحدة بائنة) ويصير تشبيها لها في الحرمة كأنه قال : أنت على حرام (وإن لم يكن له نية فليس بشيء) لأنه كناية يحتمل وجوها فلا يتعين أحدها إلا بمرجح . وقال محمد : هو ظهار لأنه تشبيه حقيقة والتشبيه بالعضو . ظهار ، فالتشبيه بالكل أولى . وعن أبي يوسف إن كان في حالة الغضب فهو ظهار ، وإن عني به التحريم فهو لإيلاء إثباتا لأدنى الحرمتين . وعند محمد ظهار ، وقيل ظهار بالإجماع . وإن نوى الكذب قال محمد في نواذر هشام : يدين إلا أن يكون في حالة الغضب فهو يمين ؛ وإن قال : أنت على حرام كأمي ونوى ظهارا فظهار للتشبيه ، وإن نوى طلاقا فطلاق للتحريم ، وإن نوى التحريم فظهار ، وإن لم يكن له نية فإيلاء . وعند محمد ظهار وقد مر وجهها (ولو قال لنائه : أنتن على كظهر أمي فعليه لكل واحدة كفارة) لأنه يصير مظاهرا من كل واحدة منهن بإضافة الظهار إليهن ، كما إذا قال : أنتن طوالق تطلق كل واحدة منهن ، وإذا كان مظاهرا من كل واحدة منهن تثبت الحرمة في كل واحدة والكفارة لإنهاء الحرمة فتتعدد بتعدد الحرمة (وإن ظاهر منها مرارا في مجلس واحد أو في مجالس فعليه لكل ظهار كفارة) كما في تكرار اليمين . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إذا قال لامرأته : أنت على كظهر أمي مائة مرة وجبت عليه مائة كفارة وهو حالف مائة مرة .

فصل

(والكفارة عتق رقبة) قبل المسيس للنص (يجزئ فيها مطلق الرقبة السليمة) فينطلق على المسلم والكافر والذكر والأنثى والصغير والكبير عملا بالإطلاق ، وهو قوله تعالى - فتحريز رقبة - والرقبة عبارة عن الذات المرقوقة المملوكة من كل وجه ، وعند الإطلاق ينصرف إلى السليمة ، فمن قيدها بوصف زائد فقد زاد على النص فيرد عليه . قال (ولا يجزئ المدبر وأم الولد) لأن الرق فيهم ناقص لاستحقاقهم العتق بجهة أخرى :

والمكاتب الذي أدّى بعض كتابته ، ولا مقطوع اليدين أو إبهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق ولا معتق البعض ؛ وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي الكفارة أجزأه ؛ وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه (سم) ، وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزأه ؛

(و) لا (المكاتب الذي أدّى بعض كتابته) لأنه يشبه العتق ببدل ، ويجوز المكاتب الذي لم يؤد شيئا ، لأن الرق قائم به ، قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقي عليه درهم » وما ذكرناه من المعنى فيمن أدّى البعض منتف ، على أنه روى عن أبي حنيفة أنه يجوز من أدّى البعض أيضا لأنه عبد بالحديث حتى لو فسخت الكتابة عاد رقيقا ، بخلاف أم الولد والمدير فإن ذلك لا يفسخ أصلا . قال (ولا مقطوع اليدين أو إبهاميهما أو الرجلين ، ولا الأعمى ولا الأصم ولا الأخرس ولا المجنون المطبق) لأن جنس المنفعة تفوت في هؤلاء ، وهو البطش والسعي والسمع والبصر والانتفاع بالحوارح بالعقل والمجنون فائت المنفعة ، ويطش اليدين بالإبهامين بفوتهما تفوت جنس المنفعة وأنه مانع ؛ لأن قيام الرقبة بقيام المنفعة وإذا فات جنس المنفعة صارت الرقبة هالكة من وجه فكانت ناقصة فلا يتناولها الاسم ، أما إذا اختلت المنفعة فليس بمانع ، لأن العيب القليل ليس بمانع لتعذر الاحتراز عنه ، وذلك كالأعور ومقطوع إحدى اليدين أو إحدى الرجلين من خلاف ، ولا يجوز إذا قطعاً من جانب واحد لفوات جنس منفعة الشيء ، ولا يجوز المعتوه والمفلوج اليابس النطق لما بينا ، وثلاثة أصابع من اليد لها حكم الكل ، ويجوز عتق النحصى والمحجوب لأن ذلك يزيد القيمة لا ينقصها ، ويجوز مقطوع الأذنين لأنه لا ضرر فيه ، ويجوز مقطوع الشفتين إن كان يقدر على الأكل وإلا فلا (ولا) يجوز (معتق البعض) لأنه ليس برقبة كاملة . قال (وإن اشترى أباه أو ابنه ينوي الكفارة أجزأه) لأن شراء القريب إعتاق ، قال عليه الصلاة والسلام « لن يجزى ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه » أخبر عليه الصلاة والسلام أن الابن قادر على إعتاق الأب فيكون قادرا تصديقا له فيما أخبر ، ولا يقدر على إعتاقه قبل الشراء لعدم الملك ولا بعد الشراء لأنه يعتق عليه بالشراء ، فيكون نفس الشراء إعتاقا ، فإذا نوى بالشراء الكفارة يصير إعتاقا عن الكفارة فيصح ويجزئه (وإن أعتق نصف عبده ثم جامعها ثم أعتق باقيه لم يجزه) عنده . وعندهما مجزئه بناء على تجزئ الإعتاق ، فعندهما لما أعتق نصفه كان إعتاقا للجميع ، وعنده لا فقد أعتق النصف قبل المسيس والنصف بعده ، والشرط أن يكون الإعتاق قبل المسيس فلا يجزئه فيستأنف عتق رقبة أخرى (وإن لم يجمع بين الإعتاقين أجزأه) بالإجماع ، أما عندهما فظاهر ،

وَالْعَبْدُ لَا يُجْزِئُهُ فِي الظَّهَارِ إِلَّا الصَّوْمُ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ مَا يَعْتِقُ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ لَيْسَ فِيهِمَا رَمَضَانُ وَيَوْمَا الْعِيدِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي الشَّهْرَيْنِ لَيْلًا أَوْ نَهَارًا عَامِدًا أَوْ نَاسِيًا يَعْدُرُ أَوْ بَغِيرَ عُدُرٍ اسْتَقْبَلَ (س) ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيَامَ أَطْعَمَ سِتِّينَ مَسْكِينًا ، وَيُطْعَمُ كَمَا ذَكَرْنَا فِي صَدَقَةِ الْفِطْرِ أَوْ قِيَمَةِ ذَلِكَ ، فَإِنْ غَدَّاهُمْ وَعَشَاهُمْ جَازَ ،

وأما عنده فلائنه أعتقه بكلامين ، وما حصل فيه من النقص حصل بسبب الإعتاق للكفارة وأنه غير مانع ، كما إذا أصابت السكين عين شاة الأضحية وقد أضجعها للذبح ، وعلى هذا لو أعتق نصف عبد مشترك لا يجزئه موسرا كان أو معسرا بناء على ما مرّ ، وعندهما إن كان موسرا أجزأه ، لأنه يملك نصيب شريكه بالضيان وكان معتقا للكل ، وإن كان معسرا لا يجزئه ، لأن السعاية وجبت للشريك في نصيبه فلم يوجد منه عتق الجميع . قال (والعبد لا يجزئه في الظهار إلا الصوم) لأنه عاجز عن الإعتاق والإطعام لأنه لا يملك شيئا ، قال عليه الصلاة والسلام « لا يملك العبد إلا الطلاق » . قال (فان لم يجد) المظاهر (ما يعتق صام شهرين متتابعين) لقوله تعالى - فن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتأما - . قال (ليس فيهما رمضان ويوما العيد وأيام التشريق) أما رمضان فلائنه يقع عن القرص لتعينه على ما مرّ في الصوم فلا يقع عن غيره ، وأما الباقي فلائنه الصوم فيها حرام فكان ناقصا فلا يتأدى به الواجب . قال (فإن جامعها في الشهرين ليلا أو نهارا عامدا أو ناسيا بعذر أو بغير عذر استقبل) لقوله تعالى - من قبل أن يتأما - وقال أبو يوسف : إن جامع ليلا عامدا أو نهارا ناسيا لم يستأنف لأن ذلك لا يمنع التتابع حتى لا يفسد به الصوم . وجوابه أن النصّ شرط كونه قبل المسيس وأنه ينعدم بالمسيس فيستأنف ، ولو حاضت المرأة في كفارة الصوم لاستقبل ، وإن أفطرت لمرض استقبلت ، ولو حاضت في كفارة اليمين استقبلت ، لأن الحيض يتكرر في كل شهر ولا كذلك المرض . وعن محمد : لو صامت شهرا ثم حاضت ثم أيسست استقبلت . وعن أبي يوسف : لو حبلت في الشهر الثاني بنت ، ومن له دين ليس له غيره ولا يقدر على استخلاصه كفر بالصوم ؛ ولو حنث موسرا ثم أعسر أو بالعكس فالمعتبر حالة التكفير ، ولو أيسر في خلال الصوم أعتق كالمتميم إذا وجد الماء في صلاته . قال (فإن لم يستطع الصيام أطعم ستين مسكينا) لقوله تعالى - فن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا - (ويطعم كما ذكرنا في صدقة الفطر) لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث سهل بن هجر أو أوس بن الصامت « لكل مسكين نصف صاع من بر » ولأنه لحاجة المسكين في اليوم فاعتبرت بصدقة الفطر . قال (أو قيمة ذلك) لما مرّ في دفع القيم في الزكاة . قال (فإن غدّاهم وعشاهم جاز) قال تعالى - فإطعام ستين مسكينا - وهو المكيز

وَلَا بُدَّ مِنْ شِبَعِهِمْ فِي الْأَكْلَتَيْنِ ، وَلَا بُدَّ مِنَ الْإِدَامِ فِي خُبْزِ الشَّعِيرِ دُونَ
الْحَنْظَةِ ، وَلَوْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا سِتِينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ ، وَإِنْ أَعْطَاهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ
عَنِ الْكُلِّ أَجْزَأَهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ ، فَإِنْ جَامَعَهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ ،
وَمَنْ أَعْتَقَ رَقَبَتَيْنِ أَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ أَوْ أَطْعَمَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا
عَنْ كَفَّارَتِي ظَهَارٍ أَجْزَأَهُ عَنْهُمَا وَإِنْ لَمْ يَعْثُرْ ، وَإِنْ أَطْعَمَ سِتِينَ مِسْكِينًا
كُلَّ مِسْكِينٍ صَاعًا مِنْ بُرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ لَمْ يُجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدَةٍ (م) ،

من الطعم (ولا بد من شبعهم في الأكلتين) اعتبارا للعادة (ولا بد من الإدام في خبز
الشعير دون الحنطة) لأنه لا يتمكن من الشبع في خبز الشعير دون الإدام فإنه قلما ينساع
دونه ، ولا كذلك خبز الحنطة . وعن أبي حنيفة رحمه الله : لو غداهم وعشاهم خبزا وإداما
أو خبزا بغير إدام أو خبز الشعير أو سويقا أو تمرًا جاز ، ولو غدا سِتِينَ وَعِشْرِينَ
غيرهم لم يجزه إلا أن يعيد على سِتِينَ مِنْهُمْ غَدَاءً أَوْ عِشَاءً ؛ وَيَجُوزُ غَدَاءُ أَوْ عِشَاءُ
أَوْ عِشَاءُ وَصَحُورٌ ، وَكَذَا لَوْ غَدَاَهُمْ يَوْمًا وَعِشَاهُمْ يَوْمًا آخَرَ لَوْ جُودَ أَكْلَتَيْنِ مُشْبَعَتَيْنِ ، وَلَوْ
عِشَاهُمْ فِي رَمَضَانَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ لَيْلَتَيْنِ أَجْزَأَهُ ، وَالْمُسْتَحَبُّ غَدَاءُ وَعِشَاءُ ؛ وَلَوْ أَطْعَمَ كُلَّ
مِسْكِينٍ مَدًّا فَعليه أَنْ يعطيه مَدًّا آخَرَ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يعطيه غيرهم لِأَنَّ الْوَاجِبَ شَيْئَانِ :
مِرَاعَاةَ عَدَدِ الْمَسَاكِينِ ، وَالْمُقَدَّارَ فِي الْوُضُفَةِ لِكُلِّ الْمِسْكِينِ . قَالَ (وَلَوْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا) وَاحِدًا
سِتِينَ يَوْمًا أَجْزَأَهُ (لِأَنَّ الْمُعْتَبَرَ دَفْعُ حَاجَةِ الْمِسْكِينِ وَأَنَّهَا تَتَجَدَّدُ بِتَجَدُّدِ الْيَوْمِ) وَإِنْ أَعْطَاهُ
فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ عَنِ الْكُلِّ أَجْزَأَهُ عَنْ يَوْمٍ وَاحِدٍ (لِأَنَّ دَفْعَ الْحَاجَةِ بِالْمَرَّةِ الْأُولَى ، وَهَذَا لِاخْتِلَافِ
فِيهِ فِي الْإِبَاحَةِ ، فَأَمَّا التَّمْلِيكُ مِنْهُ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ فِي دَفْعَاتٍ قَلِيلٍ لَا يَجُزُّهُ ، وَقِيلَ يَجُزُّهُ لِأَنَّ
الْحَاجَةَ إِلَى التَّمْلِيكِ تَتَجَدَّدُ فِي الْيَوْمِ مَرَّاتٍ ؛ وَلَوْ دَفَعَ الْكُلَّ إِلَيْهِ مَرَّةً وَاحِدَةً لَا يَجُوزُ لِأَنَّ
التَّفْرِيقَ وَاجِبٌ بِالنَّصِّ . قَالَ (فَإِنْ جَامَعَهَا فِي خِلَالِ الْإِطْعَامِ لَمْ يَسْتَأْنِفْ) لِأَنَّ النَّصَّ
لَمْ يَشَرْطْ فِي الْإِطْعَامِ قَبْلَ الْمَسِيئِ ، إِلَّا أَنَا أَوْجِبُنَاهُ قَبْلَ الْمَسِيئِ لِاحْتِمَالِ الْقُدْرَةِ عَلَى الْإِعْتِاقِ
أَوْ الصُّومِ فَيَقَعَانِ بَعْدَ الْمَسِيئِ وَالْمَنْعُ لِمَعْنَى فِي غَيْرِهِ لَا يَنَاقِ الْمَشْرُوعِيَّةَ . قَالَ (وَمَنْ أَعْتَقَ
رَقَبَتَيْنِ ، أَوْ صَامَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، أَوْ أَطْعَمَ مِائَةَ وَعِشْرِينَ مِسْكِينًا عَنْ كَفَّارَتِي ظَهَارٍ أَجْزَأَهُ
عَنْهُمَا وَإِنْ لَمْ يَعْثُرْ) لِأَنَّ الْجَنَسَ مُتَّحِدٌ فَلَا حَاجَةَ إِلَى التَّعْيِينِ . وَقَالَ زُفَرٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : لَا يَجُوزُ
عَنْ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا مَا لَمْ يَعْتَقَ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَمَّا أَعْتَقَ عَنْهُمَا انْقَسَمَ كُلُّ إِعْتَاقٍ عَلَيْهِمَا
فَيَقَعُ الْعَتَقُ أَشْقَاصًا عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ كَمَا إِذَا اخْتَلَفَ الْجَنَسُ . وَلَنَا أَنَّ الْوَاجِبَ
تَكْمِيلُ الْعَدَدِ دُونَ التَّعْيِينِ ، إِذِ التَّعْيِينُ لَا يَفِيدُ فِي الْجَنَسِ الْوَاحِدِ عَلَى مَا عُرِفَ ، بِخِلَافِ
اخْتِلَافِ الْجَنَسِ ، لِأَنَّ التَّعْيِينَ مُفِيدٌ فِيهِ فَيَشَرْطُ (وَإِنْ أَطْعَمَ سِتِينَ مِسْكِينًا كُلَّ مِسْكِينٍ
صَاعًا مِنْ بُرٍّ عَنْ كَفَّارَتَيْنِ لَمْ يَجْزِهِ إِلَّا عَنْ وَاحِدَةٍ) وَقَالَ مُحَمَّدٌ رَحِمَهُ اللَّهُ : عَنْهُمَا ، وَإِنْ أَطْعَمَ

وإن أعنتى وصام عن كتمارتي ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء .

باب اللعان

ويجب بقذف الزوجة بالزنا أو بنسب الولد إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحسد قاذفها وطالبته بذلك ،

ذلك عن ظهار وإفطار أجزاءهما بالإجماع ، وعليه قياس محمد رحمه الله ، وهذا لأن بالموثدي وفاء بهما ، والمصروف إليه محل لما فيقع عنهما وصار كما إذا فرق الدفع . ولهما أن النية تعتبر في الجنسين لافي جنس واحد ، وإذا لغت النية في الجنس الواحد بقي أصل النية فيجزى عن الواحدة كما إذا قال عن كفارة ظهار (وإن أعنتى وصام عن كتمارتي ظهار فله أن يجعل ذلك عن أيهما شاء) لأن النية معتبرة عند اختلاف الجنس .

باب اللعان

وهو مصدر لاعن يلاعن ملاءنة كقاتل يقاتل مقاتلة ، والملاءنة مفاعلة من اللعن ، ولا يكون هذا الوزن إلا بين اثنين ، إلا ما شذ كراهقت الحلم وطارقت النعل وعاقبت اللص ونحوه ، وهو لفظ عام . وفي الشرع هو مختص بملاءنة تجرى بين الزوجين بسبب خصوص بصفة مخصوصة على ما يأتيك إن شاء الله تعالى ، وهو شهادات مؤكدات بالآيمان موثقة باللعن والغضب من الله تعالى كما نطق به الكتاب ، وقد كان موجب القذف في الحد في الأجنبية والزوجة بقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات - الآية فنسخ في الزوجات إلى اللعان بقوله تعالى - والذين يرمون أزواجهم - الآية ، وسبب ذلك ما روى ابن عباس رضي الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته خولة بشريك بن السمحاء عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال : رأيت بعينى وسمعت بأذنى ، فاشتد ذلك على رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال سعد بن عباد : الآن يضرب هلال وترد شهادته ، ثم قال عليه الصلاة والسلام : البينة أو حد في ظهرك ، فقال : يا رسول الله إذا رأى أحدنا على امرأته رجلا يتلقت يلمس البينة ، فجعل صلى الله عليه وسلم يقول : البينة أو حد في ظهرك ، فقال هلال : والذي بعثك بالحق إني لصادق ولينزلن الله ما يرى ظهري من الحد ، فنزل - والذين يرمون أزواجهم - إلى قوله - إن كان من الصادقين - فلاعن عليه الصلاة والسلام بينهما ، وقال عند ذكر اللعنة والغضب : آمين ، وقال القوم : آمين » . قال (ويجب بقذف الزوجة بالزنا) لما تلونا (أو بنى الولد) لأنه في معناه . قال (إذا كانا من أهل الشهادة وهي ممن يحسد قاذفها وطالبته بذلك) لأن الركن فيه الشهادة . قال تعالى

فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْهُ حُبْسٌ حَتَّى يُلَاعِنَ أَوْ يُكَذِّبَ نَفْسَهُ فَيُحَدِّثُ ، فَإِذَا لَاعَنَ وَجَبَ عَلَيْهَا اللَّعَانُ ، وَتُحْبَسُ حَتَّى تُلَاعِنَ أَوْ تُصَدِّقَهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الزَّوْجُ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ وَهِيَ يَمْنُ لَا يُحَدُّ قَاضِيهَا فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَلَا لِعَانٍ وَيُعَزَّرُ .

- ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم - . والشهادة لا تكون معتبرة إلا إذا صدرت من أهلها ، فوجوب الشهادة عليهما اشتراط كونهما من أهل الشهادة ، ولا بدّ من أن تكون ممن يحدد قاذفها ، لأن اللعان في حقها كحدّ القذف لما أن اللعان عقوبة ، فإن كان كاذبا التحق به كالحدّ حتى لا يقبل شهادته بعد اللعان أبداً ، وهو في حقها كحدّ الزنا لأن الغضب في حقها من الله تعالى عقوبة شديدة يلتحق بها إن كانت كاذبة فقام مقام حدّ الزنا ، ولهذا لا يثبت اللعان بالشهادة على الشهادة ، ولا بكتاب القاضي ، ولا بشهادة النساء كالحدود ، ولا بدّ من طلبها لها لأن الحقّ كما في حدّ القذف . وشرط اللعان قيام الزوجية بينهما بنكاح صحيح دون الفاسد ، لأن مطلق الزوجية ينصرف إلى الصحيح . قال (فإن امتنع منه حبس حتى يلاعن) لأنه حد وجب عليه فيحبس فيه لقدرته عليه (أو يكذب نفسه فيحد) لأنه إذا أكذب نفسه سقط اللعان ، وإذا سقط اللعان وجب عليه الحدّ ، لأن القذف لا يغلو عن موجب ، فإذا سقط اللعان صرنا إلى حدّ القذف ، إذ هو الأصل (فإذا لاعن وجب عليها اللعان) بالنصّ (وتحبس حتى تلاعن) لما بينا (أو تصدقه) فلا حاجة إلى اللعان ولا يجب عليها حدّ الزنا ، لأن من شرطه الأقارير الأربعة عندنا على ما يأتي بيانه ، ولهذا قال الشافعي رحمه الله تحدّ لأن الزاني يحدّ عنده بالإقرار مرّة واحدة ، ويبتدئ في اللعان بالزوج لأنه هو المدعى ، ولأنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالزوج ، فلما التعنا فرّق بينهما ، فإن التعنت المرأة أولاً ثم الزوج أعادت ليكون على الترتيب المشروع ، فإن فرّق بينهما قبل الإعادة جاز لأن المقصود تلاعنهما وقد وجد . قال (وإذا لم يكن الزوج من أهل الشهادة) بأن كان عبداً أو محدوداً في قذف أو كافراً (فعليه الحدّ) لأن اللعان امتنع لمعنى من جهته فيرجع إلى الموجب الأصلي (وإن كان من أهل الشهادة وهي ممن لا يحدّ قاذفها) بأن كانت أمة أو كافرة أو محدودة في قذف أو صبية أو مجنونة أو زانية (فلا حدّ عليه ولا لعان) لأن المانع من جهتها فصار كما إذا صدقته (ويعزّر) لأنه آذاها وألحق الشين بها ولم يجب الحدّ فيجب التعزير حسماً لهذا الباب ، ولو كانا محدودين في قذف حدّ لأن اللعان امتنع من جهته لأنه يبدأ به وهو ليس من أهل الشهادة ، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام « أربعة لالعان بينهم وبين نساءهم : اليهودية والنصرانية تحمّ المسلم ، والمملوكة تحت الحرّ ، والحرّة تحت المملوك » وفي رواية « والمسلم تحمّه كافرة ، والكافر

وَصِفَةُ اللَّعَانِ أَنْ يَبْتَدِئَ الْقَاضِي بِالزَّوْجِ فَيَشْهَدُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ يَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِلَى لَمَنِ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَيَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا ؛ وَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ يَقُولُ : فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنْ نَفْسِ الْوَلَدِ . وَإِنْ كَانَ يَهُمَا يَقُولُ : فِيمَا رَمَيْتُكَ بِهِ مِنَ الزَّنا وَمِنْ نَفْسِ الْوَلَدِ . ثُمَّ تَشْهَدُ الْمَرْأَةُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ تَقُولُ فِي كُلِّ مَرَّةٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمَنِ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَتَقُولُ فِي الْخَامِسَةِ : غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنا ، وَفِي نَفْسِ الْوَلَدِ تَذَكُّرُهُ ؛ فَإِذَا التَّعَنَّا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا كَانَتْ تَطْلِيقَةً بَائِنَةً (س) ،

تحته مسلمة » وصورته : إذا كانا كافرين فأسلمت فقتلها قبل عرض الإسلام عليه .
(وصفة اللعان أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة : أشهد بالله إلى لمن الصادقين فيما رميتك به من الزنا ، ويقول في الخامسة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتك به من الزنا ؛ وإن كان القذف بولد يقول : فيما رميتك به من نفي الولد ، وإن كان بهما يقول : فيما رميتك به من الزنا ومن نفي الولد) لأنه المقصود باليمين (ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة : أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ، وتقول في الخامسة : غضب الله عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا ، وفي نفي الولد تذكره) كما تقدم (فإذا تعننا فرَّق الحاكم بينهما) ولا تقع الفرقة قبل الحكم حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر . وقال زفر : تقع الفرقة بينهما بالتلاعن لو قوع الحرمة المؤبدة بينهما بالنص وهو المقصود من الفرقة . ولنا ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام لما لاعن بينهما قال الزوج : كذبت عليها إن أمسكتها هي طالق ثلاثاً . قال الراوى : ففارقها قبل أن يأمره رسول الله بفراقها ، فأمضى عليه ذلك فصار سنة المتلاعنين ، ولو وقعت الفرقة بتلاعنهما لم يقع الطلاق ولما أمضاه عليه الصلاة والسلام ولين له بطلان اعتقاده في وقوع الطلاق ، ولأن حرمة الاستمتاع تثبت باللعان ، لأن اللعن والغضب نزل بأحدهما يبين وأثره بطلان النعمة ، وحل الاستمتاع نعمة والزوجية نعمة ، وحل الاستمتاع أقلهما فيحرم ، وهذه الحرمة جاءت من قبله لأنها بسبب قذفه فقد فوت عليها الإمساك بالمعروف فيجب عليه التسريح بالإحسان ، فإذا لم يشرحها وهو قادر عليه كان ظالمًا لها فينوب القاضي منابه دفعا للظلم (فإذا فرَّق بينهما كانت تطليقة بائنة) لأنه كفعل الزوج كما في الحب والعنة . وقال أبو يوسف : هو تحريم مؤبد ، وثمرته إذا أكذب

فَإِنْ كَانَ الْقَذْفُ بِوَلَدٍ نَتَقَى الْقَاضِي نَسَبَهُ وَالْحَقُّهُ بِأُمِّهِ ، وَإِذَا قَالَ : حَمَلْتُكَ لَيْسَ مِثِّي فَلَا لِعَانَ (سم) .

نفسه حدة القاضي وعاد خاطبا ، وعنده لا لقوله عليه الصلاة والسلام « المتلاعنان لا يجتمعان أبدا » ولنا أنه إذا أكذب نفسه لم يصيرا متلاعنين ولا يبقى حكمه ، ولهذا وجب عليه الحد بالإكذاب ، ولأن اللعان شهادة وهي تبطل بتكذيب الشاهد نفسه فلم يبقيا متلاعنين لاحقيقة ولا حكما فلم يتناولهما النص . قال (فإن كان القذف بولد نفي القاضي نسبه وألحقه بأمه) لأنه عليه الصلاة والسلام نفي ولد امرأة هلال وألحقه بأمه . وإذا قذف الأعمى امرأته العمياء أو الفاسق امرأته يجب اللعان لأنهما من أهل الشهادة ؛ ولو كان أحدهما أخرس لاحد ولا لعان لأنه ليس من أهل الشهادة ؛ ولو أخرس أحدهما أو ارتد أو أكذب نفسه أو قذف أحدهما لإنسانا فحد للقذف ، أو وطئت - راما بعد اللعان قبل التفريق بطل اللعان ولا حد ولا تفريق ، لأن ما منع الوجوب منع الإمضاء لوجود الشبهة ؛ ولو وطئت بشبهة فحد زوجها لاللعان عليه ولا حد على قاذفها . وعن أبي يوسف أنه رجع وقال : يجب اللعان والحد لأنه وطء يجب فيه المهر ويثبت النسب . وجه الظاهر أنه وطء في غير ملك فأشبهه الزنا وصار شبهة في إسقاط الحد عن القاذف ؛ ولو قذفها ثم وطئت حراما لاللعان بينهما لما بينا ، ولو لم يفرق الحاكم بينهما حتى عزل أو مات فالحاكم الثاني يستقبل اللعان بينهما . وقال محمد : لا يستقبل لأن اللعان قائم مقام الحد فصار كإقامة الحد حقيقة ، وذلك لا يؤثر فيه عزل الحاكم وموته . ولهما أن تمام الإمضاء في التفريق والإنهاء فلا يتناهى قبله فيجب الاستقبال ؛ ولو طلقها بعد القذف ثلاثا أو باثنا فلا حد ولا لعان ، ولو كان رجعا لاعن لقيام الزوجية ؛ ولو تزوجها بعد الطلاق البائن فلا لعان ولا حد بذلك القذف ؛ ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية فعليه الحد دون اللعان لأنه قذف أجنبية ؛ ولو قال : يا زانية أنت طالق ثلاثا فلا حد ولا لعان ، لأنه طلقها ثلاثا بعد وجوب اللعان فسقط بالبينونة ؛ ولو قذف أربع نسوة لاعن مع كل واحدة منهن ؛ ولو قذف أربع أجنبيات حد لمن حدّا واحدا ، والفرق أن المقصود في الثانية الزجر ، وهو يحصل بحد واحد ، أما الأول فالمقصود باللعان دفع العار عن المرأة وإبطال نكاحها عليه وذلك لا يحصل بللعان واحد . قال (وإذا قال : ليس حملك مني فلا لعان) وقالوا : إن ولدت لأقل من ستة أشهر من يوم القذف يجب اللعان لأننا تيقنا بقيام الحمل يومئذ ، وله أنه يومئذ لم يتيقن بقيام الحمل فلم يصر قاذفا ، وإذا لم يكن قاذفا في الحال يصير كأنه قال : إن كان بك حمل فليس مني ولا يثبت حكم القذف إذا كان معلقا بالشرط ، وأجمعوا أنه لا ينتفى نسب الحمل قبل الولادة لأنه حكم هابه ولا حكم على الجنين قبل الولادة كالإرث والوصية ؛ ولو نفي ولد زوجته الحرة فصدقته

وَيَصِحُّ نَفْيُ الْوَلَدِ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ فِي حَالَةِ التَّهْنِئَةِ وَابْتِیَاعِ آلَةِ الْوِلَادَةِ فَيُلَاعِنُ وَيَتَنَفَّيهِ الْقَاضِي ، وَبَعْدَ ذَلِكَ يَثْبُتُ نَسَبُهُ وَيُلَاعِنُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا فَعَلِمَ فَكَأَنَّمَا وَلَدَتْ حَالِ عِلْمِهِ ؛ وَمَنْ وَلَدَتْ وَلَدَيْنِ فِي بَطْنٍ وَاحِدٍ فاعْتَرَفَ بِالْأَوَّلِ وَتَنَى الثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَلَاعِنَ ، وَإِنْ عَكَسَ فَتَنَى الْأَوَّلَ واعْتَرَفَ بِالثَّانِي ثَبَتَ نَسَبُهُمَا وَحُدَّ .

فلا حدّ ولا لعان وهو ابنهما لا يصدقان على نفيه ، لأن النسب حقّ الولد والأمّ لا تملك إسقاط حقّ ولدها فلا ينتفى بتصديقها ؛ وإنما لم يجب الحدّ واللعان لتصديقها لأنه لا يجوز لها أن تشهد أنه لمن الكاذبين وقد قالت إنه لصادق ، وإذا تعذّر اللعان لا ينتفى النسب . قال (ويصحّ نفي الولد عقيب الولادة وفي حالة التهنئة وابتیاع آلة الولادة فيلاعن وينفيه القاضي وبعد ذلك يثبت نسبه ويلاعن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه مقدّر بسبعة أيام لأن أثر الولادة والتهنئة فيها اعتبارا بالعقيقة ، وقالا : يصحّ نفيه في مدّة النفاس لأنه أثر الولادة ، وله أن الزوج لو نفاه عقيب الولادة انتفى بالإجماع ، ولو لم ينفيه حتى طالت المدّة لم يكن له نفيه بالإجماع فلا بدّ من حدّ فاصل ، ومعلوم أن الإنسان لا يشهد عليه بنسب ولده ، وإنما يستدلّ على ذلك بقبوله التهنئة وابتیاع متاع الولادة وقبول هدية الأصدقاء ، فإذا فعل ذلك أو مضى مدّة يفعل فيه ذلك عادة وهو ممسك كان اعترافا ظاهرا فلا يصحّ نفيه بعده . قال (وإن كان غائبا فعلم فكأنها ولدت حال علمه) معناه : أنه يصحّ نفيه عندهما في مدّة النفاس بعد العلم . وعنده مدّة التهنئة على ما بينا ، لأنه لا يجوز أن يلزمه النسب مع عدم علمه فصار حال علمه كحالة الولادة على الأصلين . وعن أبي يوسف إن علم قبل الفصال فهو مقدّر بمدّة النفاس وبعده ليس له أن ينفيه ، لأن قبل الفصال كمدّة النفاس حيث لم ينتقل عن غذائه الأوّل وبعده ينتقل ويخرج عن حالة الصغر فيقبح نفيه كما لو بقي شيخا . قال (ومن ولدت ولدين في بطن واحد فاعترف بالأوّل ونفى الثاني ثبت نسبهما ولاعن . وإن عكس فنفي الأوّل واعترف بالثاني ثبت نسبهما وحدّ) أما ثبوت النسب فلائهما توأمان خلقا من ماء واحد ، فتنى ثبت نسب أحدهما باعترافه ثبت نسب الآخر ضرورة . وأما اللعان في الأوّل والحدّ في الثانية فلائهما لما نفي الثاني لم يكن مكذبا نفسه فيلاعن ، وفي الثانية لما نفي الأوّل صار مكذبا نفسه باعترافه الثاني فيحدّ ، ولو قال في المسئلة الثانية : هما ابناي لا يحدّ ولا يكون تكذيبا لأنه صادق لأنهما لزماء من طريق الحكم فكان مخبرا عما ثبت بالحكم .

باب العدة

عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحْيِضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثُ حَيَضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَسَةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّةُ نَهْنٍ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةٌ
أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْأُمَةِ فِي الطَّلَاقِ حَيَضَتَانِ ، وَفِي الصَّغَرِ وَالْإِيَّاسِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ ؛
وَعِدَّةُ نَهْنٍ فِي الْوَفَاةِ شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ؛ وَعِدَّةُ الْكُلِّ فِي الْحَمْلِ وَضَعُهُ ؛

باب العدة

وهو مصدر عده يعده ، وسئل عليه الصلاة والسلام « متى تكون القيامة ؟ قال : إذا
تكاملت العدتان » أى عِدَّةُ أَهْلِ الْجَنَّةِ وَعِدَّةُ أَهْلِ النَّارِ : أى عددهم ، وسمى الزمان الذى
تربص فيه المرأة عقيب الطلاق والموت عِدَّةً لأنها تعد الأيام المضروبة عليها وتنتظر أو ان
الفرج الموعود لها . والأصل فى وجوبها قوله تعالى - والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة
قروء - وقوله تعالى - والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر
وعشرا - وقوله - واللاتي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللاتي
لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن - وقوله تعالى - فطلقوهن " لعدتهن "
وأحصوا العدة - وهى ثلاثة أنواع : الحيض ، والشهور ، ووضع الحمل ، وبكل ذلك
نطق الكتاب . وتجب بثلاثة أشياء : بالطلاق ، وبالوفاة ، وبالوطء على ما نبينه إن شاء الله
تعالى . قال (عِدَّةُ الْحُرَّةِ الَّتِي تَحْيِضُ فِي الطَّلَاقِ وَالْفَسْخِ بَعْدَ الدُّخُولِ ثَلَاثُ حَيَضٍ ،
وَالصَّغِيرَةِ وَالْأَيَسَةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ؛ وَعِدَّتُهُنَّ فِي الْوَفَاةِ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةُ أَيَّامٍ) لما تلونا من
الآيات ؛ والفرقة بالفسخ كالطلاق ، لأن العدة للتعرف عن براءة الرحم وأنه يشملهما
(وعدة الأمة فى الطلاق حيضتان) لقوله عليه الصلاة والسلام « طلاق الأمة ثنتان وعدتها
حيضتان » (وفى الصغر والإيَّاس شهر ونصف) لأن الرق منصف إلا أن الحيضة لاتتجزى
فكملت احتياطا ، وقد قال عمر رضى الله عنه : لو استطعت بلعلتها حيضة ونصفا . أما
الشهر فيتجزى فجعلناه شهرا ونصفا (وعدتها فى الوفاة شهران وخمسة أيام) لما بينا (وعدة
الكل فى الحمل وضعه) لعموم قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن -
ولأن المقصود التعرف عن براءة الرحم ولا براءة مع وجود الحمل ولاشغل بعد وضعه ،
وإليه الإشارة بقول عمر رضى الله عنه : لو وضعت وزوجها على سريريه لانقضت عدتها وحل
لها أن تزوج ، وعن ابن مسعود رضى الله عنه : من شاء باهله أن سورة النساء القصوى :
يعنى سورة الطلاق قوله تعالى - وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن " نزلت بعد التى

ولا عِدَّةٌ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَلَا عَلَى الذَّمِّيَّةِ فِي طَّلَاقِ الذَّمِّيِّ ؛
وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَالْإِعْتِقَاقِ ثَلَاثُ حَيَضٍ أَوْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ؛
وَالْعِدَّةُ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشُبُهَةِ بِالْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفُرْقَةِ ؛
وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ (س) وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ ؛
وَلَوْ أُعْتِقَتْ الْأَمَةُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَّلَاقٍ رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ
الْحَرَائِرِ وَفِي الْبَائِنِ لَا ، وَلَوْ اعْتَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالْأَشْهُرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

فِي سُورَةِ الْبَقَرَةِ : يَعْنِي - وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ - الْآيَةُ ؛ وَإِنْ أَسْقَطْتَ سَقَطَا اسْتِبْثَانِ
بَعْضُ خَلْقِهِ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ وَإِلَّا فَلَا لِأَنَّهُ إِذَا اسْتَبْثَانَ فَهُوَ وَلَدٌ ، وَإِذَا لَمْ يَسْتَبْثِنْ جَازَ أَنْ يَكُونَ
وَلَدًا وَغَيْرَ وَلَدٍ فَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِالشَّكِّ . قَالَ (وَلَا عِدَّةَ فِي الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ) لِقَوْلِهِ
تَعَالَى فِيهِ - فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا - قَالَ (وَلَا عَلَى الذَّمِّيَّةِ) وَقَدْ مَرَّ فِي النِّكَاحِ ،
وَلَا عِدَّةَ فِي نِكَاحِ الْفُضُولَى قَبْلَ الْإِجَازَةِ ، لِأَنَّ النِّسْبَ لَا يَثْبُتُ فِيهِ لِأَنَّهُ مَوْقُوفٌ فَلَمْ يَنْعَقَدْ
فِي حَقِّ حَكْمِهِ فَلَا يَوْرَثُ شِبْهَ الْمَلِكِ وَالْحَلِّ ، وَالْعِدَّةُ وَجِبَتْ صِيَانَةً لِلْمَاءِ الْمُحْتَرَمِ عَنِ الْخُلْطِ
وَاحْتِرَازًا عَنْ اشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ . قَالَ (وَعِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ مِنْ مَوْتِ سَيِّدِهَا وَالْإِعْتِقَاقِ ثَلَاثُ
حَيَضٍ أَوْ ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ لَا تَحِيضُ لِمَا رَوَى أَنَّ مَارِيَةَ الْقُبْطِيَّةَ أُمُّ وَلَدِ رَسُولِ
اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ اعْتَدَتْ بَعْدَ وَفَاتِهِ بِثَلَاثَةِ أَقْرَاءَ وَلَمْ يَنْكُرْ عَلَيْهَا أَحَدٌ مِنَ الصَّحَابَةِ رَضِيَ
اللَّهُ عَنْهُمْ ، فَلَمَّا نَقَلْتُهُ عَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ ، وَإِنَّمَا أَنْ يَكُونَ إِجْمَاعًا مِنْهُمْ ، وَكُلُّ
ذَلِكَ حُجَّةٌ . وَعَنْ عَمْرِو بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ : عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ ثَلَاثُ حَيَضٍ ، وَلَوْ زَوَّجَهُ
الْمَوْلَى ثُمَّ مَاتَ فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا لِأَنَّ الْفِرَاشَ انْتَقَلَ إِلَى الزَّوْجِ ، فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ وَانْقَضَتْ
عِدَّتُهَا ثُمَّ مَاتَ الْمَوْلَى فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ لِأَنَّ الْفِرَاشَ عَادَ إِلَيْهِ وَقَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ . قَالَ (وَالْعِدَّةُ
فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ وَالْوَطْءِ بِشُبُهَةِ بِالْحَيْضِ فِي الْمَوْتِ وَالْفُرْقَةِ) لِأَنَّهُ لِلتَّعَرُّفِ عَنْ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ
وَلَا تَجِبُ عِدَّةُ الْوَفَاةِ لِأَنَّهُ لَا يَسْتَبْرِأُ بِزَوْجَةٍ ، قَالَ (وَعِدَّةُ امْرَأَةِ الْفَارِّ أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ فِي الْبَائِنِ
وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ فِي الرَّجْعِيِّ) وَهِيَ إِذَا طَلَّقَهَا وَهُوَ مَرِيضٌ فَوَرِثَتْ وَهِيَ فِي الْعِدَّةِ . وَقَالَ
أَبُو يُوسُفَ : عِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيَضٍ فِي الْبَائِنِ لِأَنَّ النِّكَاحَ انْقَطَعَ بِالطَّلَاقِ وَلَزِمَتْهَا الْعِدَّةُ
بِالْحَيْضِ إِلَّا أَنَّهُ بَقِيَ أَثَرُهُ فِي الْإِرْثِ لِمَا بَيْنَا لَا فِي تَغْيِيرِ الْعِدَّةِ وَبِخِلَافِ الرَّجْعِيِّ لِأَنَّ النِّكَاحَ
بَاقٍ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ . وَلَهُمَا أَنَّهُ بَقِيَ فِي حَقِّ الْإِرْثِ فَلَا أَنْ يَبْقَى فِي حَقِّ الْعِدَّةِ أَوَّلَى ، لِأَنَّ
الْعِدَّةَ مِمَّا يَحْتَاطُ فِيهَا فَيَجِبُ أَبَعْدُ الْأَجَلَيْنِ ؛ قَالَ (وَلَوْ أُعْتِقَتْ الْأَمَةُ فِي الْعِدَّةِ مِنْ طَّلَاقٍ
رَجْعِيٍّ انْتَقَلَتْ عِدَّتُهَا إِلَى عِدَّةِ الْحَرَائِرِ ، وَفِي الْبَائِنِ لَا) لِأَنَّ النِّكَاحَ قَائِمٌ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ
فِي الرَّجْعِيِّ دُونَ الْبَائِنِ ، وَمَوْتُهُ كَالْبَيْنُونَةِ . قَالَ (وَإِذَا عَدَّتِ الْآيِسَةُ بِالْأَشْهُرِ ثُمَّ رَأَتْ الدَّمَ

بَعْدَ ذَلِكَ أَوْ الصَّغِيرَةَ ثُمَّ رَأَتْهُ فِي خِلَالِ الشَّهْرِ اسْتَأْنَقَتْ بِالْحَيْضِ ؛ وَلَوْ
اعْتَدَّتْ بِحَيْضَةٍ أَوْ حَيْضَتَيْنِ ثُمَّ آيَسَتْ اسْتَأْنَقَتْ بِالشُّهُورِ .
وَإِبْتِدَاءُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ عَقِيْبُهُ وَالْوَفَاةُ عَقِيْبَهَا ، وَتَنْقِضِي بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ
وَلَا إِنْ لَمْ تَعْلَمْ بِهِمَا ؛

بعد ذلك أو الصغيرة ثم رآته في خلال الشهر استأنقت بالحيض (أما الآيسة فلأن بالعود
علمنا أنها غير آيسة وأن عدتها الحيض وصارت كالمتدّة طهرها فتستأنف ، وأما الصغيرة
فلأن الجمع في عدّة واحدة بين الحيض والأشهر ممتنع ، لما فيه من الجمع بين البذل
والمبذل ، ولأنه لم يرد به أثر ولم يقل به بشر ، وقد تعدّر الاعتداد بالأشهر فتعين الحيض ؛
أو نقول الأشهر خلف عن الحيض وقد قدرت على الأصل قبل حصول المقصود بالخلف
فيجب عليها كالتبجيم إذا وجد الماء في صلاته (ولو اعتدّت بحیضة أو حیضتين ثم آيست
استأنقت بالشهور) لما بينا .

فصل

الأقراء : الحيض ، وهو قول أبي بكر وعمر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وأبي الدرداء
وابن الصامت وجماعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين . وقال زيد بن ثابت وعبد الله
ابن عمر وعائشة رضي الله عنهم : إنها الأطهار ، وحاصله أن اسم القرء يقع على الحيض
والطهر جميعا لغة حقيقة ، يقال : أقرأت المرأة إذا حاضت ، وأقرأت إذا طهرت ، وأصله
الوقت لحبى الشيء وذهابه ، يقال : رجع فلان لقرئه : أى لوقته الذى يرجع فيه ، وثمرة
الخلاف تظهر في انقضاء العدّة ؛ فمن قال إنها الحيض يقول : لا تنقضى إلا باستكمال
ثلاث حيض ، ومن قال إنها الأطهار يقول : إذا شرعت في الحيضة الثالثة انقضت العدّة ،
والحمل على الحيض أولى بالنص والمعقول . أما النص فقوله عليه الصلاة والسلام للمستحاضة
« دعي الصلاة أيام أقرائك » وإنما ترك الصلاة أيام الحيض بالإجماع ، وقوله عليه الصلاة
والسلام « عدّة الأمة حيضتان » والمعقول أنه ذكره بلفظ الجمع ؛ فمن قال إنه للحيض قال :
لابدّ من ثلاث حيض فيتحقق الجمع ، ومن قال إنه الأطهار لا يتحقق الجمع على قوله ،
لأن الطلاق لو وقع في آخر الطهر انقضت العدّة بطهرين آخرين وبالشروع في الثالث
فلا يوجد الجمع ، والعمل بما يوافق لفظ النصّ أولى . قال (وابتداء عدّة الطلاق عقيبه
والوفاة عقيها وتنقضى بمضى المدة وإن لم تعلم بهما) لأن الطلاق والوفاة هو السبب فيعتبر
ابتداؤها من وقت وجود السبب ، وإن أقر أنه طلق امرأته من وقت كذا فكذبته أو قالت
لأدرى وجبت العدّة من وقت الإقرار ويجعل هذا إنشاء احتياطا ، وإن صدقته فمن وقت

وَابْتِدَاءُ عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ (ز) ،
وَإِذَا وَطِئَتْ الْمَعْتَدَةُ بِشُبُهَةِ فَعَلَيْهَا عِدَّةٌ وَأُخْرَى وَيَتَدَاخِلَانِ ، فَإِنْ حَاضَتْ
حَيْضَةً ثُمَّ وَطِئَتْ كَمَلَّتْهَا بِثَلَاثٍ أُخَرَ ، وَأَقْلُ مُدَّةِ الْعِدَّةِ شَهْرَانِ (س) ،

الطلاق واختيار المشايخ أنه يجب من وقت الإقرار تحرّزا عن المواضعة وزجرا له عن كتمان طلاقها لأنه يصير سببا لوقوعها في المحرم ولا تجب لها نفقة العدة ، ولها أن تأخذ منه مهرًا ثانيا إن وجد الدخول من وقت الطلاق إلى وقت الإقرار لأنه أقرّ بذلك وقد صدقته . قال (وابتداء عِدَّةِ النِّكَاحِ الْفَاسِدِ عَقِيبَ التَّفْرِيقِ أَوْ عَزْمِهِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ) وقال زفر : من آخر الوطئات لأن الوطء هو الموجب للعدة . ولنا أن التمكن من الوطء على وجه الشبهة أقيم مقام حقيقة الوطء لحفائه فيجعل واطئا حكما إلى حالة التفريق أو عزم الترك فتجب العدة من حين انقطاع الوطء حقيقة وشرعا أخذا بالاحتياط . قال (وإذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها عِدَّةٌ أُخْرَى) لوجود السبب (وابتدأخلان) ، فإن حاضت حيضة ثم وطئت كملتها بثلاث أخر (وتحسب حيضتان من العدين وتكمل الأولى والثالثة تمة للثانية ، لأن المقصود من العدة التعرف عن براءة الرحم ، وأنه حاصل بالعدة الواحدة لأنه لا بد من ثلاث حيض بعد الوطء الثاني وبه تعرف براءة الرحم ، ولثاني أن يتزوجها بعد استكمال الأولى لأنها في عدته ؛ ولو وطئت المعتدة عن وفاة تممها ، وما تراه من الحيض فيها يجنسب من الثانية ، فإن استكملت فيها ثلاث حيض فقد انقضت معا وإلا تمت الثانية بما بقي من حيضها لما بينا . قال (وأقلّ مدّة العدة شهران) أي مدّة تنقضي فيها ثلاث حيض . وقالوا : أقلها تسعة وثلاثون يوما وثلاث ساعات لأنهما يعتبران أقلّ مدّة الحيض وهي ثلاثة أيام ، وأقلّ الطهر وهو خمسة عشر يوما ، ثم يقدر أن وقوع الطلاق قبل أوان الحيض بساعة فتلاثة أيام حيض ، وخمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم ثلاثة حيض فكملة العدة . وأبو حنيفة يخرج من طريقين : أحدهما يعتبر أكثر الحيض احتياطا . فيبدأ بالحيض عشرة ، ثم خمسة عشر طهر ، ثم عشرة حيض ، ثم خمسة عشر طهر . ثم عشرة حيض فذلك ستون يوما ، وهذه رواية محمد ، والآخر وهو رواية الحسن بن زياد أنه يعتبر الوسط من الحيض وهو خمسة أيام ، ويجعل مبدأ الطلاق في أول الطهر عملا بالسنة ؛ فخمسة عشر يوما طهر وخمسة حيض ، هكذا ثلاث مرّات يكون ستين يوما ؛ والأمة تصدق عندهما في أحد وعشرين يوما ، ستة أيام حيضتان ، وخمسة عشر يوما طهر بينهما . وعند أبي حنيفة على رواية الحسن أربعين يوما ، وعلى رواية محمد خمسة وثلاثين ؛ ولو كانت حاملا وقد علّق طلاقها بالولادة ، فعلى قياس رواية محمد عن أبي حنيفة لا يصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما ، وعلى قياس رواية الحسن مائة يوم ؛

وَلَا يَنْبَغِي أَنْ تُخْطَبَ الْمُعْتَدَّةُ ، وَلَا بِأَسَ بِالْتَّعْرِيزِ ،

وعلى قياس قول أبي يوسف خمسة وستون ، وفي الأمة على رواية محمد خمسة وستون ، ورواية الحسن خمسة وسبعون ، وعن أبي يوسف سبعة وأربعون ، وعن محمد ستة وثلاثون وثلاث ساعات ، ويعرف ذلك لمن يتأمله بتوفيق الله تعالى . ثم إن وقع الطلاق للآيسة والصغيرة أو الموت غرة الشهر اعتبرت الشهور بالأهلة بالإجماع وإن نقص عددها ، وإن وقع ذلك في وسط الشهر تعتبر بالأيام فتعتمد في الطلاق بتسعين يوما ، وفي الوفاة مائة وثلاثين يوما وهو رواية عن أبي يوسف ، وروى عنه وهو قول محمد تعمد بقية الشهر بالأيام وتكمله من الشهر الرابع ، وتعتمد بشهرين فيما بينهما بالأهلة ، لأن الأصل اعتبار الشهور بالأهلة إلا عند التعذر ، وقد تعذر في الأول فيعمل فيه بالأيام لأنها كالبدل عن الأهلة ، ويعمل في الباقي بالأصل . ولأبي حنيفة أنه لا يدخل الشهر الثاني ولا يعد إلا بعد انقضاء الأول ، ولا انقضاء للأول إلا بعد استكمال الأول من الثاني ، وهكذا الثاني مع الثالث فتعذر اعتبار الأهلة في الكل ، وعلى هذا مدة الإيلاء واليمين إذا حلف لا يفعل كذا سنة والإجازات ونحوها ، وإذا قالت : انقضت عدتي صدقت لأنها آمنة فإن كذبها الزوج حلفت كالمودع . واختلف أصحابنا في حد الإياس ، قال بعضهم : يعتبر بأقرانها من قرابتها ، وقيل يعتبر بتركيبها لأنه يختلف بالسمن والهزال . وعن محمد أنه قدره بستين سنة . وعنه في الروميات بخمس وخمسين ، وفي المولدات ستين ، وقيل خمسين سنة ، والفتوى على خمس وخمسين من غير فصل وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة ، وعنه أيضا ما بين خمس وخمسين إلى ستين . وذكر محمد في نوادر الصلاة : العجوز الكبيرة إذا رأت الدم مدة الحيض فهو حيض إذا لم يكن عن آفة . وقال محمد بن مقاتل الرازي : هذا إذا لم يحكم بإياسها ، فأما إذا حكم بإياسها ثم رأت الدم لا يكون حيضا وهو الصحيح . والمرأة إذا لم تحض أبدا حتى بلغت مبلغا لا يحيض فيه أمثالها غالبا حكم بإياسها . وذكر في الجامع الصغير : إذا بلغت ثلاثين سنة ولم تحض حكم بإياسها . قال (ولا ينبغي أن تخطب المعتدة) لقوله تعالى - ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء - المراد به المعتدات بالإجماع ، لأن الله تعالى نفي الجناح في التعريض وأنه يدل على أن تركه أولى فيلزم كراهة التصريح بطريق الأولى (ولا بأس بالتعريض) لأنه تعالى نفي الجناح فإنه دليل الإباحة . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام دخل على أم سلمة وهي في العدة فذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصير على يده من شدة تخامله عليها وأنه تعريض ، والتعريض مثل أن يقول : إني فيك لراغب ، وأود أن أتزوجك ، وإن تزوجتك لأحسن إليك ، ومثلك من يرغب فيه ويصلح للرجال ونحوه . وعن النخعي لا بأس بأن يهدى إليها ويقوم بشغلها في العدة

وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد ، وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر ؛

إن كانت من شأنه ، والتصريح قوله : أنكحك ، وأتزوج بك ونحوه وأنه مكروه ، قال تعالى - ولكن لاتواعدوهن سرا - قال عليه الصلاة والسلام « السر النكاح » وهذا كله في المبتوتة (١) والمتوفى عنها زوجها . أما المطلقة الرجعية فلا يجوز التصريح ولا التلويح لأن نكاح الأول قائم على ما بينا .

فصل

(وعلى المعتدة من نكاح صحيح عن وفاة أو طلاق بائن إذا كانت بالغة مسلمة حرة أو أمة الحداد) ويقال الإحداد . والأصل فيه ما روى « أن امرأة مات عنها زوجها فجاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تستأذنه في الانتقال فقال : كانت إحداكن تمكث في أشر أحلاسها إلى الحول ، أفلا أربعة أشهر وعشرا ؟ » فدل أنه يلزمها أن تقيم في شر أحلاسها أربعة أشهر وعشرا . وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت ثلاثة أيام فما فوقها إلا على زوجها أربعة أشهر وعشرا » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء وقال : الحناء طيب » وأنه عام في كل معتدة ، ولأنه لما حرم عليها النكاح في العدة أمرت بتجنب الزينة حتى لا تكون بصفة الملتمة للأزواج وأنه يعم الفصلين ، ولأنها وجبت لإظهارها للتأسف على فوت نعمة النكاح الذي كان سبب مثنيتها وكفائتها من النفقة والسكنى وغير ذلك ، وأنه موجود في المبتوتة والمتوفى عنها . قال (وهو ترك الطيب والزينة والكحل والدهن والحناء إلا من عذر) لهنه عليه الصلاة والسلام عن الحناء ، وقوله « الحناء طيب » فدل على أن الطيب محظور عليها ، ويدخل فيه الثوب المطيب والمعصر والمزعفر حتى قالوا : لو كان غسلا لا ينفض جاز لأنه لم يبق له رائحة ، فإن لم يكن لها إلا ثوب واحد مصبوغ لابس به لأنه عذر ، ولا تمتشط لأنه زينة ، فإن كان للأسنان المنفرجة دون المضمومة ، ولا تلبس حليا لأنه زينة ، ولا تلبس قصبيا ولا خزانة لأنه زينة . وعن أبي يوسف لابس بالقصب والخز الأحمر . فالحاصل أن ذلك يلبس للحاجة و يلبس للزينة فيعتبر القصد في لبسه ، وقد صح « أن النبي عليه الصلاة والسلام لم يأذن للبتوتة في الاكتحال . بخلاف حالة التداوى لأنه عذر .

(١) قوله وهذا كله في المبتوتة . ليس مذهبا لنا لأن مذهبنا جواز التعريض خاف .

بالمتوفى عنها .

وَلَا تَخْرُجُ الْمَبْتُوتَةُ مِنْ بَيْتِهَا لَيْلًا وَلَا نَهَارًا ، وَالْمُعْتَدَةُ عَنْ وَفَاءِ تَخْرُجُ نَهَارًا وَبَعْضَ اللَّيْلِ وَتَبِيتُ فِي مَنْزِلِهَا ، وَالْأَمَةُ تَخْرُجُ لِحَاجَةِ الْمَوْلَى فِي الْعِدَّتَيْنِ فِي الْوَقْتَيْنِ جَمِيعًا ، وَتَعْتَدُ فِي الْبَيْتِ الَّذِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ حَالِ وَقُوعِ الْفُرْقَةِ إِلَّا أَنْ يَنْهَدِمَ أَوْ تُخْرَجَ مِنْهُ أَوْ لَا تَقْدِرَ عَلَى أَجْرَتِهِ فَتَنْتَقِلَ .

فكان ضرورة دون التزين ؛ وكذا إذا خافت من ترك الدهن والكحل حدوث مرض بأن كانت معتادة لذلك يباح لها ذلك . ولا إحداد على صغيرة ولا مجنونة لعدم الخطاب ولأنها عبادة حتى لا تجب على الكافرة ؛ بخلاف الأمة لأنها أهل للعبادات وليس فيها إبطال حق المولى ، وليس في عدة النكاح الفاسد إحداد لأنه لا يتأسف على زواله لأنه واجب الزوال ولأنه نعمة فزواله نعمة . قال (ولا تخرج المبتوتة من بيتها ليلا ولا نهارا) لقوله تعالى - لا تخرجوهن من بيوتهن - ولا يخرجن - ولأن نفقتها واجبة على الزوج فلا حاجة لها إلى الخروج كالزوجة ، حتى لو اختلعت على أن لا نفقة لها قيل تخرج نهارا لمعاشها ، وقيل لا وهو الأصح ، لأنها اختارت إسقاط نفقتها فلا يؤثر في إبطال حق المختلعة عليها على أن لا سكنى لها لا يجوز لها الخروج . قال (والمعتدة عن وفاة تخرج نهارا وبعض الليل وتبيت في منزلها) لأنه لا نفقة لها فتضطر إلى الخروج لإصلاح معاشها وربما امتد ذلك إلى الليل . عن محمد لا بأس بأن تبيت في غير منزلها أقل من نصف الليل لما بينا (والأمة تخرج لحاجة المولى في العديتين في الوقتين جميعا) لما في المنع من إبطال حقه ، وحق العبد مقدّم على حق الله تعالى ، وإن كان المولى بواها لم تخرج ما دامت على ذلك إلا أن يخرجها المولى ، وكذلك المكاتب والكتاتبة تخرج إلا إذا منعها الزوج لصيانة مائه ، والمجنونة والمعتوهة كالذمية ، والصبيّة تخرج لأنها لا يلزمها العبادات ، ولاحق للزوج لأنه لحفظ الولد ، ولا ولد إلا في الطلاق الرجعي ، فلا تخرج إلا باذن الزوج لبقاء الزوجية على ما مر (وتعتد في البيت الذي كانت تسكنه حال وقوع الفرقة) لأنه البيت المضاف إليه بقوله تعالى - من بيوتهن - لأنه هو الذي تسكنه ، وقال عليه الصلاة والسلام للتي قتل زوجها « اسكني في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » . قال (إلا أن ينهدم أو تخرج منه أو لا تقدر على أجرته فتنتقل) لما يلحقها من الضرر في ذلك . أما إذا انهدم فلأن السكنى في الخربة لا تأمن على نفسها ومالها ، ثم قيل تنتقل حيث شاءت إلا أن تكون مبتوتة فتنتقل إلى حيث شاء الرجل لأنه المخاطب بقوله تعالى - أسكنوهن - وإذا حوّلها الورثة أو صاحب المنزل فهي معذورة في ذلك . وروى عن علي بن أبي طالب رضى الله عنه أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر رضى الله عنه لأنها كانت في دار الإمارة وعائشة رضى الله عنها نقلت أختها لما قتل طلحة رضى الله

فصل

أقل مدة الحمل ستة أشهر وأكثرها سنتان ، وإذا أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبتت نسبته ، وليستة أشهر لا ، ويثبت نسب ولده المطلقة الرجعية وإن جاءت به لأكثر من سنتين ما لم تغير بانقضاء العدة ، فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت ويثبت النسب ولا يصير مراجعا ، وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة ، ويثبت نسب ولده المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين ،

عنه ، ولو طلب منها أكثر من أجرة المثل فلما يلحقها من الضرر ، وصار كضمن الماء للمسافر يجوز له التيمم إذا كان بأكثر من ثمن المثل ، ولو أبانها والمزول واحد يجعل بينه وبينها ستر ، وكذلك الورثة في الوفاة ، فإن لم يجعلوا انتقلت محررا عن الفتنة ، وإذا كان المطلق غائبا وطلب أهل المنزل الأجرة أعطتهم باذن القاضي ويصير دينا على الزوج .

فصل

(أقل مدة الحمل ستة أشهر) لما روى أن رجلا تزوج امرأة فجاءت بولد لسته أشهر فهم عثمان برجمها ، فقال ابن عباس : لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم ، فإن الله تعالى يقول - وحمله وفصاله ثلاثون شهرا - وقال - والولادات يرصعن أولادهن - حولين كاملين فبقى لمدة الحمل ستة أشهر . قال (وأكثرها سنتان) لما روى عن عائشة أنها قالت : لا يبق الولد في رحم أمه أكثر من سنتين ولو بفركة مغزل ، وذلك لا يعرف إلا توقيفا إذ ليس للعقل فيه مجال ، فكأنها روتها عن النبي عليه الصلاة والسلام . قال (وإذا أقرت بانقضاء العدة ثم جاءت بولد لأقل من ستة أشهر ثبتت نسبته) لأنه ظهر كذبها بيقين فصار كأنها لم تقر به (و) إن جاءت به (لسته أشهر لا) يثبت ، لأنه لم يظهر كذبها فيكون من حمل حادث بعده فلا يثبت نسبته . قال (ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية ، وإن جاءت به لأكثر من سنتين ما لم تغير بانقضاء العدة) لاحتمال الوطء والعلوق في العدة بلحواز أن تكون ممتدة الطهر (فإن جاءت به لأقل من سنتين بانت) لانقضاء العدة (ويثبت النسب) لوجود العلوق في النكاح أو في العدة (ولا يصير مراجعا) لأنه يحتمل العلوق قبل الطلاق ، ويحتمل بعده فلا يصير مراجعا بالشك (وإن جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة) لأن العلوق بعد الطلاق ، والظاهر أنه منه وأنه وطئها في العدة حملا لحالهما على الأحسن والأصلح . قال (ويثبت نسب ولد المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لأقل من سنتين) لاحتمال أن الحمل

وَلَا يَثْبُتُ لِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَدَّعِيَهُ (ز) ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ الْمُعْتَدَةِ إِلَّا بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ (سم) ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَبْلٍ ظَاهِرٍ ، أَوْ اعْتِرَافِ الزَّوْجِ ، أَوْ تَصْدِيقِ الْوَرِثَةِ ؛ وَلَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ الْمُطَلَّقَةِ الصَّغِيرَةِ رَجْعِيَّةً (س) كَانَتْ أَوْ مَبْتُوتَةً (س) إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِأَقْلَ مِنْ تِسْعَةِ أَشْهُرٍ ، وَفِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِأَقْلَ مِنْ عَشْرَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةِ أَيَّامٍ بِسَاعَةٍ ، وَلَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ وَلَدْتُ فَأَنْتِ طَالِقٌ فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ لَمْ تَطْلُقْ (سم) ،

كان قائما وقت الطلاق فلا يكون الفراش زائلا بيقين فيثبت النسب احتياطا (ولا يثبت لأكثر من ذلك إلا أن يدعيه) لأننا تيقنا بحدوث الحمل بعد الطلاق فلا يكون منه إلا أن يدعيه فيجعل كأنه وطئها بشبهة العدة . وقال زفر : في عدة الوفاة إذا جاءت به بعد انقضاءها لسته أشهر لا يثبت ، لأن الشرع حكم بانقضائها بالأشهر فصار كإقرارها . وجوابه أنه لانقضاء العدة وجه آخر وهو وضع الحمل ، بخلاف الصغيرة لأن الأصل عدم الحمل فيها لعدم المحلية فوقع الشك في البلوغ . قال (ولا يثبت نسب ولد المعتدة إلا بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين ، أو حبل ظاهر ، أو اعتراف الزوج ، أو تصديق الورثة) وقالوا : يثبت بشهادة امرأة واحدة لأن الفراش قائم لقيام العدة ، وهو ملزم للنسب كقيام النكاح . ولأبي حنيفة أنها لو أقرت بوضع الحمل انقضت العدة ، والمقتضى لا يكون حجة فيحتاج إلى إثبات النسب فلا بد من حجة كاملة . أما إذا ظهر الحبل أو اعترف به الزوج فالنسب ثابت قبل الولادة والحاجة إلى التعيين وأنه يثبت بشهادتها ، وكذا إذا اعترف به الورثة بعد الموت . وهذا في حق الإرث ظاهر لأنه حقهم . وأما النسب فإن كانوا من أهل الشهادة ثبت بشهادتهم ، ولا يثبت في حقهم باعترافهم ويثبت في حق غيرهم تبعاً للثبوت في حقهم . قال (ولا يثبت نسب ولد المطلقة الصغيرة رجعية كانت أو مبتوتة إلا أن تأتي به لأقل من تسعة أشهر ، وفي عدة الوفاة لأقل من عشرة أشهر وعشرة أيام بساعة) وقال أبو يوسف في المبتوتة : يثبت إلى سنتين لأنها معتدة لم تقرأ بانقضاء العدة ، ويحتمل أن تكون حاملا وصارت كالبالغة . ولهما أنه تعين لانقضاء عدتها جهة واحدة وهي الأشهر ، فإذا مضى حكم الشرع بانقضائها وهو أقوى من الإقرار لاحتمال الخلف في الإقرار دونه . وأما الرجعي ، قال أبو يوسف : يثبت إلى سبعة وعشرين شهرا لأنه يجعل واطئا في آخر العدة وهي ثلاثة أشهر ثم تأتي به لأكثر مدة الحمل وهي سنتان ؛ ولو ادعت الصغيرة الحبل في العدة فهي كالكبيرة في الحكم لأنه ثبت بلوغها بإقرارها (ولو قال لها : إن ولدت فأنت طالق فشهدت امرأة بالولادة لم تطلق) وقالوا : تطلق لقوله عليه الصلاة والسلام

وَلَا اِعْتَرَفَ بِالْحَبْلِ تَطْلُقُ بِمَجَرَّدِ قَوْلِهَا (سم) ، وَلَوْ قَالَ لِأَمْتِهِ : إِنْ كَانَ
فِي بَطْنِي وَلَدٌ فَهُوَ مِنِّي فَشَهِدَتْ امْرَأَةٌ بِالْوِلَادَةِ فَهِيَ أُمُّ وَلَدِهِ .

« شهادة النساء جائزة فيما لا يطلع عليه الرجال » فكانت شهادتها حجة في الولادة ، فتكون
حجة فيما يبتنى عليه وهو الطلاق . ولأبي حنيفة أنها ادعت على زوجها الحث فلا يثبت
إلا ببينة كاملة ، وشهادتها ضرورية في الولادة فلا تتعدى إلى الطلاق لأنه ينفك عنه .
قال (وإن اعترف بالحبل تطلق بمجرد قولها) وقالوا : لا بد من شهادة امرأة تشهد بالولادة
لأنها ادعت فلا بد من حجة . وله أنه أقر بالحبل فيكون إقرارا بالولادة لأنه يفضى إليه ،
ولأنه أقر بكونها أمينة فيقبل قولها في رد الأمانة . قال (ولو قال لأمته : إن كان في بطنك
ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولد) لأن الحاجة إلى تعيين الولد ، وإنه
يثبت بالقابلة إجماعا .

تم الجزء الثالث من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليه :

الجزء الرابع ، وأوله : باب النفقة

فهرس

الجزء الثالث من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	صفحة
٥٨ كتاب الغصب	٣ كتاب الحوالة
٦٤ فصل في زوائد الغصب	٥ كتاب الصلح
٦٦ كتاب إحياء الموات	١١ كتاب الشركة
٦٩ كتاب الشرب	١٩ كتاب المضاربة
٧٢ فصل في بيان أن كرى الأنهار	٢٣ فصل نفقة المضارب في مال المضاربة
العظام على بيت المال	ما دام في سفره
٧٤ كتاب المزارعة	٢٤ بيان ما تبطل به المضاربة
٧٩ فصل في حكم من سقى أرضه	٢٥ كتاب الوديعة
فسال ماؤه إلى أرض غيره ففرقتها	٢٩ كتاب القبط
كتاب المساقاة	٣٢ كتاب اللقطة
٨١ كتاب النكاح	٣٥ كتاب الآبق
٨٣ حكم الشهود في النكاح وما يشترط	٣٧ كتاب المفقود
فيهم	٣٨ كتاب الخنثى
٨٤ فصل في المحرمات ، وهي تسعة	٣٩ فصل يؤخذ في الخنثى بالأحوط
أقسام	والأوثق من أمور الدين
٨٩ نكاح المتعة والنكاح المؤقت	٤٠ كتاب الوقف
وحكمهما	٤٥ فصل في حكم ما إذا وقف على
٩٠ فصل في بيان أن عبارة النساء	الفقراء وله بنت فقيرة صغيرة
معتبرة في النكاح	٤٧ فصل في حكم إجارة الوقف
٩٨ فصل فيما تعتبر الكفاءة به في	٤٨ كتاب الهبة
النكاح	٥١ فصل في المعاني المانعة من الرجوع
١٠١ فصل في المهر	في الهبة
١٠٤ فصل في حكم ما إذا تزوجها على	٥٣ فصل في العمري والرقي
خمر أو مخنزير	٥٥ كتاب العارية

صفحة	صفحة
١٤٠ تعليق الطلاق	١٠٩ فصل لا يجوز نكاح العبد والأمة
١٤٢ فصل في حكم ما إذا علق الطلاق على مشيئة الله تعالى	والمندبر وأمّ الولد إلا باذن المولى
١٤٣ فصل في حكم من أبان امرأته في مرضه ثم مات	١١١ فصل في حكم ما إذا تزوج ذمي
١٤٥ فصل في طلاق المجهولة	ذمية على أن لا مهر لها
١٤٧ باب الرجعة	١١٥ فصل في العيوب التي يثبت بها الخيار
١٥١ باب الإبراء	لأحد الزوجين والتي لا يثبت بها
١٥٥ فصل فيما يستحق الإبراء	١١٦ فصل على الرجل أن يعدل بين نسائه
١٥٦ باب الخلع	١١٧ كتاب الرضاع
١٦٠ فصل إذا اختلعت المكاتب لزمها المال بعد العتق	١٢١ كتاب الطلاق
١٦١ باب الظهار	١٢٤ حكم طلاق المكره وطلاق السكران
١٦٣ فصل في كفارة الظهار	وطلاق الأعرس وطلاق المأزول
١٦٧ باب اللعان	١٢٥ فصل صريح الطلاق لا يحتاج إلى نية
١٧٢ باب العدة	١٢٩ فصل في وصف الطلاق
١٧٤ فصل في الأقراء وهي الحبص	١٣١ فصل في حكم من طلق امرأته قبل الدخول ثلاثاً
١٧٧ فيما على المعتدة من نكاح صحيح	١٣٢ فصل كنايةات الطلاق لا يقع بها إلا بلمية أو بدلالة الحال
١٧٩ فصل في بيان أقل مدة الحية وأكثرها ، وما يترتب على من الأحكام	

الأختيار لتعليق المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الحنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دقية

من أكابر علماء الحنفية والمدرس بكاية أصول الدين سابقا

المجلد الرابع

مقرر تدريسه لطلبة السنة الرابعة الثانوية بالجامعة الأزهرية

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

يعتبر من: **وزارة الشؤون العلمية** بيروت، لبنان
ص.ب. : ١١/٩٤٢٤ تلخس : 41245 Le Nasher
هاتف : ٨١٥٥٧٣ - ٣٦٦١٣٥

مَنْ يُرِدِ اللهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
[حديث شريف]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب النفقة

وَتَجِبُ لِلزَّوْجَةِ عَلَى زَوْجِهَا إِذَا سَلَّمَتْ إِلَيْهِ نَفْسَهَا فِي مَنْزِلِهِ نَفَقَتُهَا
وَكِسْوَتُهَا وَسُكْنَاهَا

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

باب النفقة

الأصل في وجوبها قوله تعالى - أسكنوهن - من حيث سكنن من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن - ثم قال - لينفق ذو سعة من سعته - وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه - أسكنوهن من حيث سكنن وأنفقوا عليهن من وجدكم - وقراءته كروايته عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وقال تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - وقال تعالى - الرجال قوامون على النساء - ثم قال - وبما أنفقوا من أموالهم - وروى أبو حمزة الرقاشي عن عمه قال « كنت آخذ بزمام ناقة رسول الله صلى الله عليه وسلم أوسط أيام التشريق إذ ودعه الناس فقال : اتقوا الله في النساء » وذكر الحديث إلى أن قال « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » وقال عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان « خذي من مال زوجك ما يكفيك ولذلك بالمعروف » ولولا وجوبها عليه لما أمرها بذلك . وسبب وجوبها احتباسها عند الزوج إذا كان يتبها له الاستمتاع وطئا أو دواعيه أو التحصيلين لمائه بعد زوال النكاح لأنها لما صارت محبوسة عنده في حقه عجزت عن الاكتساب والإنفاق على نفسها ، فلو لم تستحق النفقة عنده لماتت جوعا .

قال (وتجب للزوجة على زوجها إذا سلمت إليه نفسها في منزله نفقتها وكسوتها وسكنائها)

نَعْتَبِرُ بِقَدْرٍ حَالِهِ ، وَهُوَ مُقَدَّرٌ بِكَيْفَايَتِهَا بِإِلَّا تَقْتِيرٍ وَلَا إِسْرَافٍ ، وَيُفَرَضُ
لَهَا نَفَقَةُ كُلِّ شَهْرٍ وَتُسَلِّمُ إِلَيْهَا ، وَلِلْكِسْوَةِ كُلِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَيُفَرَضُ
لَهَا نَفَقَةُ خَادِمٍ وَاحِدٍ (س) ؛

لما مرّ من الدلائل (تعتبر بقدر حاله) لقوله تعالى - لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله - كذا اختاره الكرخي ، واختار الحطاب الاعتبار بحالهما ، فإن كانا موسرين لها نفقة الموسر ، وإن كانا معسرين فنفقة المعسر ، وإن كانت موسرة وهو معسر فلها فوق نفقة المعسرة ، وإن كان بالعكس فدون نفقة الموسرة وإن كان أحدهما مفرطا في اليسار والآخر مفرطا في الإعسار يقضى عليه بنفقة الوسط ، والقول قوله في إعساره في حق النفقة لأنه منكر والبيئة بينها لأنها مدعية . قال (وهو مقدر بكفايتها بلا تقتير ولا إسراف) لما تقدّم من حديث هند ، وليس فيها تقدير لازم لاختلاف ذلك باختلاف الأوقات والطباع والرخص والغلاء والوسط خبز البر والإدام بقدر كفايتها (ويفرض لها نفقة كل شهر وتسلم إليها) لأنه يتعدّر القضاء بها كل ساعة ، ويتعدّر لجميع المدة فقدّرناه بالشهر لأنه الوسط وهو أقرب الآجال (والكسوة كل ستة أشهر) لأنه يحتاج إليها في كل ستة أشهر باختلاف الحرّ والبرد . وللزوج أن يلي الإنفاق بنفسه ، إلا أن يظهر عند القاضي أنه لا ينفق عليها فيفرض لها كل شهر على ما بينا ، ويقدر النفقة بقدر الغلاء والرخص في كل وقت ، ولا يقدر بالدراهم والدنانير ؛ ولو صالحته من النفقة على ما لا يكفيها كلها القاضي إن طلبت ذلك ، وإن كان الرجل صاحب مائدة لا يفرض عليه النفقة ويفرض الكسوة . قال (ويفرض لها نفقة خادم واحد) وليس له أن يعطيها من خدمه من يخدمها بغير رضاها . وقال أبو يوسف : يفرض لخادمين لأنها تحتاج إلى أحدهما لدخل البيت والآخر لخارجه . ولهما أن الواحد يكفي لذلك فلا حاجة إلى اثنين حتى قيل لو كفاها بنفسه لم يلزمه نفقة خادم ؛ وقيل إن كانت من بنات الأشراف فلها نفقة خادمين أحدهما للخدمة والآخر للرسالة وأمور خارج البيت . وروى الحسن عن أبي حنيفة : إن كان الزوج معسرا لا يفرض لها نفقة خادم أصلا ، وإن لم يكن لها خادم لا يفرض لها نفقة خادم ، وكذا إذا كانت فقيرة وتخدم نفسها ، رواه الحسن عن أبي حنيفة ؛ وكسوة الصيف قميص ومقنعة وملحفة ؛ وفي الشتاء مع ذلك جبة وسراويل على قدر حاله ؛ وعلى الموسر درع سابوري وخمار إبريسم وملحفة كتان ، وتزاد في الشتاء جبة ولحافا ، وإن طلبت فراشا تنام عليه لها ذلك ، لأن النوم على الأرض ربما يؤذيها ويمرضها ، وما تغطي به دفعا للحر والبرد ويختلف ذلك باختلاف العادات والبقاع ، ولخادمتها قميص كرباس وإزار في الصيف ، وفي الشتاء قميص وإزار وجبة وكساء وخفان ، فإن امتنعت الخادمة عن الخدمة لانفقة لها .

فَإِنْ نَشَرَزَتِ الْمَرْأَةُ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ مَنَعَتْ نَفْسَهَا حَتَّى يُوقِيَهَا مَهْرُهَا فَلَهَا النِّفَقَةُ ، وَلَوْ كَانَتْ كَبِيرَةً وَالزَّوْجُ صَغِيرٌ فَلَهَا النِّفَقَةُ ، وَبِالْعَكْسِ لَا ، وَلَوْ كَانَا صَغِيرَيْنِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ وَلَوْ حَجَّتْ أَوْ حُبِسَتْ بِدَيْنٍ أَوْ غَضَبِهَا غَاصِبٌ فَذَهَبَ بِهَا فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ حَجَّ مَعَهَا فَلَهَا نَفَقَةُ الْحَضَرِ ؛ وَإِنْ مَرَضَتْ فِي مَنْزِلِهِ فَلَهَا النِّفَقَةُ ؛

لأنها مقابلة بالخدمة ، بخلاف الزوجة لأنها مقابلة بالحبس لا غير ؛ ولا تجبر المرأة على الطبخ والخبز إذا امتنعت ، وبأيتها بمن يخبز ويطبخ ، لأن الواجب عليه الطعام ، قالوا : وهذا إذا كانت لا تقدر على ذلك ، أو كانت من بنات الأشراف ، وإن كانت تقدر وتخدم نفسها تجبر عليه لأنها متعنتة . قال (فان نشرزت المرأة فلا نفقة لها) لما روى « أن فاطمة بنت قيس نشرزت على أحماتها فنقلها عليه الصلاة والسلام إلى بيت ابن أم مكتوم ولم يجعل لها نفقة ولا سكنى » ولأن الموجب للنفقة الاحتباس وقد زال ، بخلاف ما إذا امتنعت من التمكين لأنه لا يفوت الاحتباس وهو يقدر عليه كرها ، فان عادت إلى منزله عادت النفقة لعود الاحتباس (وإن منعت نفسها حتى يوفى مهرها فلها النفقة) لأن لها الامتناع لتستوفى حقها ، فلو سقطت النفقة تنصّر ، والضرر يجب إلحاقه بالزوج الظالم الممتنع عن إيفاء حقها ، ولأن المنع بسبب من جهته فصار كالعدم ، وسواء كان قبل الدخول أو بعده ، وقالوا : إن كان بعد الدخول فلا نفقة لها لأنها سلمت المعوِّض فليس لها أن تمنعه لقبض العوِّض كالبائع إذا سلم المبيع . ولأن حنيفة أنها سلمت بعض المعوِّض لأن المهر مقابل بجميع الوطئات على ما تقرر في كتاب النكاح ، فالبايع إذا سلم بعض المبيع له حبس الباقي كذا هذا (ولو كانت كبيرة والزوج صغير فلها النفقة ، وبالعكس لا) أما الأوّل فلأنها سلمت نفسها والعجز من جهته فصار كالحبوب والعينين ، وأما الثانى فالمرأة صغيرة لا يستمتع بها لأن المراد من الاحتباس ما يكون وسيلة إلى المقصود من النكاح وأنه ممتنع بسبب منها فصار كالعدم (ولو كانا صغيرين فلا نفقة لها) لما مرّ ، ولو سكن دارا غصبا فامتنعت أن تسكن معه فليست بناشرة لأنها امتنعت بحق ؛ وإن كانت ساكنة في دارها فمَنَعَتْهُ مِنْ دَخُولِهَا وَقَالَتْ : حَوَالِي إِلَى مَنْزِلِكَ أَوْ أَكْثَرَ لِي دَارًا فَلَهَا النِّفَقَةُ لِمَا بَيَّنَّا . قال (ولو حجبت أو حبست بدين أو غصبتها غاصب فذهب بها فلا نفقة لها) لزوال الاحتباس لامن جهته . وعن أبي يوسف أن الحليج الفرض لا يسقط النفقة ذكره في الأمالي لأنه عذر ، لكن تجب نفقة الحضر لأنها المستحقة فيعطىها نفقة شهر والباقي إذا رجعت (وإن حجّ معها فلها نفقة الحضر) لأنها كالمقيسة في منزله ولا يجب عليه الكراء (وإن مرضت في منزله فلها النفقة) وكذلك إذا جاءت إليه مريضة لأن الاحتباس موجود فانه يستأنس بها وتخفظ متاعه ويستمتع بها لمسا وغيره ،

وَلِلْأُمَةِ وَالْمُدَبَّرَةِ وَأُمُّ الْوَلَدِ النَّفَقَةُ إِنْ بَوَّأَهَا مَوْلَاهَا بَيْتَ الزَّوْجِ وَإِلَّا فَلَا ؛
فَإِنْ بَوَّأَهَا ثُمَّ اسْتَحْدَمَهَا سَقَطَتْ ؛ وَمَنْ أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا
وَتَوْمَرُ بِالِاسْتِدَانَةِ ؛ وَإِذَا قُضِيَ لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ ثُمَّ أَيْسَرَ تَمَّ لَهَا نَفَقَةُ
الْمُوسِرِ ؛ وَإِذَا مَضَتْ مُدَّةٌ وَلَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا سَقَطَتْ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قُضِيَ
بِهَا أَوْ صَالَحَتْهُ عَلَى مِقْدَارِهَا ،

ومنع الوطاء لعارض كالحيض والنفاس ، والقياس أن لانفقة لها إذا كان مرضا يمنع
الجماع كالمصغرة . وعن أبي يوسف إن مرضت عنده لها النفقة لأنه صحَّ التسليم ، ولو
سلمت إليه مريضة لانفقة لها لأن التسليم ما صحَّ ، وقوله مرضت في منزله إشارة إليه وإذا
طالبته بالنفقة قبل أن يحولها إلى منزله وهي بالغة فلها النفقة إذا لم يطالبها بالنفقة ، لأن النقلة
حقه والنفقة حقها ، فلا يسقط حقها بتركه حقه ، فان طالبها بالنفقة فامتنعت فلا نفقة لها
إلا أن يكون بحق على ما بينا . قال (وللأمة والمدبرة وأُمُّ الْوَلَدِ النفقة إن بَوَّأَهَا مَوْلَاهَا
بَيْتَ الزَّوْجِ) لوجود الاحتباس (وإلا فلا) لعدمه (فان بَوَّأَهَا ثُمَّ اسْتَحْدَمَهَا سَقَطَتْ)
النفقة لفوات الاحتباس . قال (ومن أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا وَتَوْمَرُ بِالِاسْتِدَانَةِ)
لتحليل عليه لأن في التفريق إبطال حقه وفي الاستدانة تأخير حقها والإبطال أضر فكان
دفعه أولى ، فإذا فرض لها القاضى وأمرها بالاستدانة صارت ديناً عليه فيتمكن من الإحالة
عليه والرجوع في تركته لو مات ، ولو استدان بغير أمر القاضى تكون المطالبة عليها
ولا يمكنها الإحالة عليه ولا ترجع في تركته لأنها لا ولاية لها عليه ، فلماذا قال : تؤمر
بالاستدانة عليه ، ومعنى الاستدانة أن تشتري بالدين : قال (وإذا قُضِيَ لَهَا بِنَفَقَةِ الْإِعْسَارِ
ثُمَّ أَيْسَرَ تَمَّ لَهَا نَفَقَةُ الْمُوسِرِ) لأنها تختلف باختلاف الأحوال ، وما فرض تقدير لنفقة
لم تجب بعد ، فإذا تبدلت حاله لها المطالبة بقدرها ، وكذلك لو قضى بنفقة اليسار ثم أعسر
فرض لها نفقة المعسر لما بينا . قال (وإذا مَضَتْ مُدَّةٌ لَمْ يُنْفِقْ عَلَيْهَا سَقَطَتْ إِلَّا أَنْ يَكُونَ
قُضِيَ بِهَا أَوْ صَالَحَتْهُ عَلَى مِقْدَارِهَا) فيقضى لها بنفقة ما مضى لأن النفقة لم تجب عوضاً عن
البضع ، لأن المهر وجب عوضاً عنه ، والعقد الواحد لا يوجب عوضين عن شيء واحد
ولا عوضاً عن الاستمتاع ، لأن الاستمتاع تصرف في ملكه ، والإنسان لا يجب عليه
شيء بالتصرف في ملكه ، فبقي وجوبه جزاء عن الاحتباس صلة ورزقا لا عوضاً ، لأن
الله تعالى سماه رزقا بقوله - وعلى المولود له رزقهن - والرزق اسم لما يذكر صلة ،
والصلات لاتملك إلا بالتسليم حقيقة أو بقضاء القاضى كما في الهبة أو بالتزامه بالتراضى ،
لأنه لما لزمه بقضاء القاضى فلأن يلزمه بالتزامه كان أولى ، لأن ولايته على نفسه أقوى .

تَقَانُ مَاتَ أَحَدُهُمَا بَعْدَ الْقَضَاءِ أَوْ الْإِصْطِلَاحِ قَبْلَ الْقَبْضِ سَقَطَتْ ، وَإِنْ أَسْلَفَهَا النِّفْقَةُ أَوْ الْكِسْوَةُ ثُمَّ مَاتَ أَحَدُهُمَا لَمْ يَرْجِعْ بِشَيْءٍ ؛ وَإِذَا كَانَ لِلْغَائِبِ مَالٌ حَاضِرٌ فِي مَنْزِلِهِ أَوْ وَدِيعَةٌ أَوْ مُضَارَبَةٌ أَوْ دَيْنٌ وَعَلِمَ الْقَاضِي بِهِ وَبِالنِّكَاحِ ، أَوْ اعْتَرَفَ بِهِمَا مِنَ الْمَالِ فِي يَدِهِ يُفْرَضُ فِيهِ نَفْقَةُ زَوْجَتِهِ وَوَالِدَيْهِ وَوَلَدِهِ الصَّغِيرِ ، وَهَذَا إِذَا كَانَ الْمَالُ مِنْ جِنْسِ النِّفْقَةِ وَيَحْلَقُهَا أَنَّهُمَا مَا أَخَذَتْهَا وَيَأْخُذُ مِنْهَا كَفِيلًا بِهَا ؛ وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ الْقَاضِي بِذَلِكَ وَأَنْكَرَ مَنْ فِي يَدِهِ الْمَالِ الزَّوْجِيَّةَ أَوْ الْمَالِ لَمْ تُقْبَلْ بَيْنَتُهَا عَلَيْهِ ؛

قال (فان مات أحدهما بعد القضاء أو الاصطلاح قبل القبض سقطت) لما بينا أنها صلة ، والصلة تسقط بالموت كالهبة قبل القبض . قال (وإن أسلفها النفقة أو الكسوة ثم مات أحدهما لم يرجع بشيء) وقال محمد : يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقى الزوج لأنها استعجلت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس ، وقد بطل استحقاقها بالموت فيبطل من العوض بقدره . ولهما ما بينا أنها صلة ، وقد اتصل القبض بها فيبطل الرجوع بالموت كما في الهبة ، ألا ترى أنها لو هلكت من غير استهلاك لا يرجع بشيء بالإجماع . قال (وإذا كان للغائب مال حاضر في منزله أو وديعة أو مضاربة أو دين علم القاضي به وبالنكاح أو اعترف بهما من المال في يده يفرض فيه نفقة زوجته والديه وولده الصغير) لأن الذي في يده المال أو عليه لما أقر بالزوجية فقد أقر بثبوت حقها فيه ، لأن لها أن تأخذ من مال زوجها حقا من غير رضاه ، وإقرار صاحب اليد في حق نفسه صحيح فيقضي القاضي عليه باعتدافه ، فيقع القضاء عليه أولا ثم يسرى إلى الغائب ، بخلاف ما إذا جحد أحد الأمرين لأنه إن جحد الزوجية لا تسمع البينة عليه لأنه ليس بخضم في الزوجية ، وإن جحد المال فهي ليست خصما في إثباته ، وعلم القاضي حجة يجوز له القضاء به في محل ولايته على ما عرف . ونفقة الوالدين والولد الصغير كنفقة الزوجة لأنها تجب بغير قضاء ، بخلاف غيرهم من الأقارب حيث لا تجب نفقتهم إلا بالقضاء لما أن وجوبها مختلف فيه . قال (وهذا إذا كان المال من جنس النفقة) كالدرهم والدنانير والطعام والكسوة لأن لها أن تأخذه بغير رضاه ؛ أما إذا كان من خلاف جنسها لا يفرض فيه النفقة لأنه يحتاج إلى بيعه ولا بيع على الغائب . أما عند أبي حنيفة فلائنه لا يبيع على الحاضر فكذا على الغائب . وأما عندهما فلائنه إنما يبيع على الحاضر لظهور ظلمه بامتناعه ولا كذلك في الغائب . قال (ويحلفها أنها ما أخذتها ويأخذ منها كفيلا بها) نظرا للغائب واحتياطا له لاحتمال حضوره فيقيم البينة على الطلاق أو على أنه أسلفها (وإن لم يعلم القاضي بذلك وأنكر من في يده المال الزوجية أو المال لم تقبل بينتها عليه) لما بينا ، وإن لم يكن له مال ، وأرادت أن تقيم البينة على الزوجية ليفرض لها

وَعَلَيْهِ أَنْ يُسْكِنَهَا دَارًا مُفْرَدَةً لَيْسَ فِيهَا أَحَدٌ مِنْ أَهْلِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَمْنَعَ أَهْلَهَا وَوَلَدَهَا مِنْ غَيْرِهِ الدُّخُولَ عَلَيْهَا ، وَلَا يَمْنَعُهُمْ كَلَامُهَا وَالنَّظَرَ إِلَيْهَا ، وَلَا يَمْنَعُهُمَا مِنَ الدُّخُولِ إِلَيْهَا كُلُّ جُمُعَةٍ وَغَيْرُهُمْ مِنَ الْأَقَارِبِ كُلِّ سَنَةٍ .
وَالْمُطَلَّقةُ النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى فِي عِدَّتِهَا بَائِنًا كَانَ أَوْ رَجْعِيًّا ،

القاضي النفقة ويأمرها بالاستدانة عليه لانتقل لأنه قضاء على الغائب . وقال زفر : تقبل ويقضى بالنفقة ، واستحسنوا ذلك للحاجة ، وعليه القضاة اليوم وهو متجهدهم فيه فينفذ . قال (وعليه أن يسكنها دارا مفردة ليس فيها أحد من أهله) أما وجوب السكنى فلأنها من الحوائج الأصلية وهي من الكفاية فتجب كالطعام والشراب ، وقد قال تعالى - . . . يكونهن - . فكان واجبا حقا لها ، وتكون بين قوم صالحين ليعينوها على مصالح دنياها ويمنعونه من ظلمها لو أراد ، وليس له أن يشرك معها غيرها ، لأنه قد لا تأمن على متاعها ولا تتخلى لاستمتاعها إلا أن تختار ذلك لأنها رضيت بتقص حقا ، ولو كان في الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضررتها أو مع أحد من أهله إن أخلى لها بيتا منها وجعل له مرافق وغلقا (١) على حدة ليس لها أن تطلب بيتا آخر ، وإن لم يكن إلا بيت واحد فلها ذلك . قال (وله أن يمنع أهلها وولدها من غيره الدخول عليها) لأن المنزل ملكه (ولا يمنعهم كلامها والنظر إليها) أي وقت شاء لما فيه من قطيعة الرحم ولا ضرر فيه إنما الضرر في المقام . وقيل لا يمنعها من الخروج إلى الوالدين ، وقيل يمنع (ولا يمنعهما من الدخول إليها كل جمعة وغيرهم من الأقارب كل سنة) وهو المختار .

فصل

(وللمطلقة النفقة والسكنى في عِدَّتِهَا بَائِنًا كَانَ أَوْ رَجْعِيًّا) أما الرجعي فلما تقدم أن النكاح قائم بينهما حتى يحل له الوطء وغيره . وأما البائن فلأنها محبوسة في حقه ، وهو صيانة الولد بحفظ الماء عن الاختلاط ، والحبس لحقه موجب للنفقة كما تقدم . وأما حديث فاطمة بنت قيس أنها قالت : طلقني زوجي ثلاثا فلم يفرض لي رسول الله سكنى ولا نفقة رده عمر وزيد بن ثابت وجابر وعائشة ، قال عمر : لاندع كتاب ربنا وسنة نبينا بقول امرأة لاندري أصدقت أم كذبت ، حفظت أم نسيت ، سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « للمطلقة الثلاث النفقة والسكنى ما دامت في العدة » ويروى « المبتوتة لها النفقة والسكنى » ولأنه ورد مخالفا قوله تعالى - أسكنوهن - . ومخالفا للإجماع في السكنى ، فإن ادّعت أنها حامل أنفق عليها إلى سنتين منذ طلقها احتياطا للعدة ، فإن قالت : كنت

(١) قال في مختار الصحاح : الغلق بفتح الحين : المغلاق ، وهو ما يغلق به الباب .

وَلَا نَفَقَةَ لِلْمُتَوِّفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَكُلُّ فُرْقَةٍ جَاءَتْ مِنْ قِبَلِ الْمَرَأَةِ بِمَعْصِيَةٍ كَالرَّدَّةِ وَتَقْيِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِتَغْيِيرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ الْعِتْقِ وَالْبُلُوغِ وَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ فَلَهَا النَّفَقَةُ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ فَلَهَا النَّفَقَةُ بِكُلِّ حَالٍ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ثُمَّ ارْتَدَّتْ سَقَطَتِ النَّفَقَةُ ، وَإِنْ مَكَنتِ ابْنَ زَوْجِهَا لَمْ تَسْقُطْ ..

أنوهم أنى حامل ولم أحض إلى هذه الغاية : يعنى أنها ممتدة الطهر وطلبت النفقة ، فلها النفقة ما لم تدخل في حد الإياس لأنها معتدة ، فإذا دخلت في حد الإياس استأنفت العدة ثلاثة أشهر . قال (ولا نفقة للمتوفى عنها زوجها) لأنها محبوسة لحق الشرع بالزوج فلا يجب عليه ، ألا يرى أنه لا يشترط فيها الحيض الذى تعرف به براءة الرحم والحمل الذى هو حقه ، ولأن المال انتقل إلى الورثة فلا تجب في ماله . قال (وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية كالردّة وتقْيِيلِ ابْنِ الزَّوْجِ فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ، وَإِنْ جَاءَتْ بِتَغْيِيرِ مَعْصِيَةٍ كَخِيَارِ الْعِتْقِ وَالْبُلُوغِ وَعَدَمِ الْكِفَاءَةِ فَلَهَا النَّفَقَةُ) (وإن كانت) الفرقة (من جهة الزوج فلها النفقة بكل حال) لأن النفقة صلة على مامر ، وبمعصيان الزوج لا تحرم من النفقة وتحرم بمعصيانها مجازاة وعقوبة ، ولأنها حبست نفسها بغير حق فصارت كالناشزة ، بخلاف ما إذا كان بغير معصية لأنها حبست نفسها بحق وذلك لا يسقط النفقة لما تقدم وكذلك إن وقعت الفرقة باللعان أو الإيلاء أو بالحب والعنة بعد الدخول أو الخلوة لها النفقة لما بينا ، وإذا طلقت الأمة المبوأة لها نفقة المدة ، فإن استخدمها المولى سقطت ، وكل امرأة لانفقة لها يوم الطلاق لانفقة لها في العدة كالمعتدة من نكاح فاسد ، والأمة إذا لم يبوئها المولى بيتا إلا الناشزة لأنها محبوسة في حقه ، والمطلقة إذا لم تطلب نفقتها حتى انقضت عدتها سقطت كالمنكوحه (وإن طلقها ثلاثا ثم ارتدت سقطت النفقة) لأنها صارت محبوسة في حق الشرع ، وهذا إذا خرجت من بيت الزوج للحبس ، وما لم تخرج من بيته فلها النفقة (وإن مكنت ابن زوجها لم تسقط) لأن الفرقة تثبت بالطلاق الثلاث ولا أثر للتمكين في ذلك وهي معتدة محبوسة في حقه فتجب النفقة ، ولو كان الطلاق رجعيا فلا نفقة لها لأن الفرقة جاءت من قبلها بالتمكين وهو معصية فلا تستحق النفقة لما بينا ، ولو صالح امرأته على نفقة العدة إن كانت بالشهور جاز لأنها معلومة ، وإن كانت بالحيض لا يجوز لأنها مجهولة المدة فتكون النفقة مجهولة .

فصل

وَنَفَقَةُ الْأَوْلَادِ الصَّغَارِ عَلَى الْأَبِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ ، وَلَيْسَ عَلَى الْأُمِّ إِرْضَاعُ الصَّبِيِّ إِلَّا إِذَا تَعَيَّنَتْ ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا ، وَيَسْتَأْجِرُ الْأَبُ مَنْ تَرْضِعُهُ عِنْدَهَا ، فَإِنْ اسْتَأْجَرَ زَوْجَتَهُ أَوْ مُعْتَدَّتَهُ لِيَرْضِعَ وَلَدَهَا لَمْ يَحْزُ ، وَبَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ هِيَ أُولَى مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا أَنْ تَطْلُبَ زِيَادَةَ أَجْرَةٍ ، وَنَفَقَةُ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ عَلَى الْأَوْلَادِ الذَّكُورِ وَالْإِنَاثِ ؛

فصل

(ونفقة الأولاد الصغار على الأب إذا كانوا فقراء) لقوله تعالى - وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف - (وليس على الأم إرضاع الصبي) لأن أجره الإرضاع من نفقته وهي على الأب . قال (إلا إذا تعينت) بأن لم يجد غيرها أو لا يأخذ من ابن غيرها (فيجب عليها) حينئذ صيانة للصغير عن الهلاك . قال (ويستأجر الأب من ترضعه عندها) لأن الأجرة عليه والحضانة لها (فان استأجر زوجته أو معتدته ليرضع ولدها لم يحز) لأن الإرضاع مستحق عليها بالأصل ، لقوله تعالى - والوالدات يرضعن أولادهن - . فإذا امتنعت حملناه على العجز فجعلناه عذرا ، فإذا أقدمت عليه بالأجر علمنا قدرتها فكان واجبا عليها فلا يحل لها أخذ الأجر على فعل وجب عليها ، ولا خلاف في المعتدة الرجعية . وأما المبتوتة فكذلك في رواية لأن النكاح قائم من وجه ، وقيل يجوز لأن النكاح قد زال بينهما فصارت أجنبية . وذكر الخصاص إذا لم يكن للصبي ولا لأبيه مال أجبرت الأم على الإرضاع وهو الصحيح لأنها ذات يسار في اللبن ، فان طلبت من القاضي أن يقضي لها بنفقة الإرضاع حتى ترجع بها على الأب إذا أيسر فعل كما لو كان معسرا وهي موسرة تجبر على الإنفاق على الصغير ثم ترجع على الأب إذا أيسر ، وإن كان للصبي مال روى عن همام أنه يفرض لها نفقة الإرضاع في مال الصبي . قال (وبعد انقضاء العدة هي أولى من الأجنبية) فإنها أشق وفي ذلك نظر للصغير . (إلا أن تطلب زيادة أجرة) لما فيه من ضرر الأب ، وقيل في قوله تعالى - لاتضرار والدته بولدها - هو أن ترضى بأجرة المثل فلا يدفع إليها - ولا مولود له بولده - أن يؤخذ منه أكثر من أجر المثل . قال (ونفقة الآباء والأجداد إذا كانوا فقراء على الأولاد الذكور والإناث) قال تعالى - ولا تقل لهما أف - نهاه عن الإضرار بهما بهذا القدر وترك الإنفاق عليهما عند حاجتهما أكثر إضرارا من ذلك . وقال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » وقال « إن أطيب ما أكل الرجل

ولا تجبُ النفقةُ مع اختلاف الدين إلا للزوجة وقربة الولادِ أعلى وأسفل ،
ونفقة ذى الرحم سوى الوالدين والولدِ تجبُ على قدر الميراث ، وإنما
تجبُ إذا كان فقيراً به زمانة لا يقدرُ على الكسب ، أو تكونُ أنثى فقيرة ،
وكذا من لا يحسنُ الكسبَ لحرقه أو لكونه من البيوتات ، أو طالب علم ،

من كسبه ، وإنّ ولده من كسبه ، فكلوا من كسب أولادكم » فإذا كان مال الابن يضاف
إلى الأب بأنه كسبه صار غنيا به فتجب نفقته فيه ، وقال تعالى - ووصينا الإنسان بوالديه
حسناً - أى يحسن إليهما ، وليس إحساناً تركهما محتاجين مع قدرته على دفع حاجتهما ،
وقال تعالى فى حق الوالدين الكافرين - وصاحبهما فى الدنيا معروفًا - وليس من المعروف
تركهما جائعين وهو قادر على إشباعهما ، وهو على الذكور والإناث على السواء فى رواية ،
وهو المختار لاستوائهما فى العلة والخطاب ، وقيل على قدر الإرث لقوله تعالى - وعلى
الوارث مثل ذلك - ويشترط فقرهم لأن إيجاب نفقة الغنى فى ماله أولى . رجل معسر له
أولاد صغار محاييج وله ابن كبير موسر يجبر على نفقتهم . قال (ولا تجب النفقة مع
اختلاف الدين إلا للزوجة وقربة الولادِ أعلى وأسفل) لإطلاق النصوص ، ولأن نفقة
الزوجة جزاء الاحتباس كما مرّ أو بالعقد كالمهر ، وذلك لا يختلف باختلاف الدين ، ولهذا
تجب مع يسارها ، وأما قرابة الولاد فلمكان الجزئية ، إذ الجزئية فى معنى النفس ، ونفقة
النفس تجب مع الكفر فكذا الجزء ، وهذا إذا كانوا ذمة ، فإن كانوا حرباً لا تجب وإن
كانوا مستأمنين لقوله تعالى - إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم فى الدين - الآية ،
بخلاف غيرهم من ذوى الأرحام ، لأن الإرث منقطع فيما بينهم ولا بدّ من اعتباره بالنصر
قال (ونفقة ذى الرحم سوى الوالدين والولد تجب على قدر الميراث) كالإخوة والأخوات
والأعمام والعلمات والأخوال والخالات ، ولا تجب لرحم ليس بمحرم ، والأصل فيه
قوله تعالى - وعلى الوارث مثل ذلك - وفى قراءة ابن مسعود - وعلى الوارث ذى الرحم
المحرم مثل ذلك - فذكره الوارث إشارة إلى اعتبار قدر الميراث وليكون الغرم بالغنم (وإنما
تجب إذا كان فقيراً به زمانة لا يقدر على الكسب) أما الفقر فلما مرّ ، وأما العجز عن
الكسب فلأنه يكون غنيا بكسبه ، ولا كذلك الوالدان حيث تجب نفقتهم مع القدرة على
الكسب لما يلحقهما فيه من التعب والنصب ، والولد مأثور يدفع الضرر عنهما ، فيجب
عليه أن يدفع عنهما ضرر الاكتساب وذلك بالإنفاق عليهما . قال (أو تكون أنثى فقيرة) لأنه
أمانة الحاجة (وكذا من لا يحسن الكسب لحرقه (١) أو لكونه من البيوتات أو طالب علم)
لأن العجز عن الاكتساب فى حق هؤلاء ثابت ، لأن شرط وجوب نفقة الكبير العجز

وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الْأَبِ عَلَى ابْنِهِ ، وَنَفَقَةُ زَوْجَةِ الْإِبْنِ عَلَى أَبِيهِ إِنْ كَانَ صَغِيرًا
فَقِيرًا أَوْ زَمِنًا ، وَلَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى فَقِيرٍ إِلَّا لِلزَّوْجَةِ وَالْوَلَدِ الصَّغِيرِ ،
وَالْمُعْتَبَرُ الْغَنَى الْمَحْرَمُ لِلصَّدَقَةِ ؛

عن الكسب حقيقة كالزمن والأعمى ونحوهما ، أو معنى كمن به خرق ونحوه (ونفقة زوجة
الأب على ابنه) رواه هشام عن أبي يوسف (ونفقة زوجة الابن على أبيه إن كان صغيرا
فقيرا أو زمنا) لأنه من كفاية الصغير . وذكر في المبسوط لا يجبر الأب على نفقة زوجة
الابن ، ويجب على الابن نفقة خادم الأب إذا احتاج إليه لأن خدمة الأب مستحقة على
الابن فكلذا نفقة من يخدمه ولا كذلك زوجة الابن . قال (ولا تجب النفقة على فقير إلا
للزوجة والولد الصغير) لقوله تعالى - ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله . وقال - وعلى
المولود له رزقهن - ولأن نفقة الزوجة مجازاة وذلك يجب مع الفقر ، ولا تجب لغيرهم مع
الفقر لأنها صلة ، فلو وجبت للفقير على الفقير لم يكن لإيجابها عليه أولى من إيجابها له
(والمعتبر الغنى المحرم للصدقة) هو المختار . وعن أبي يوسف أنه قدره بالنصاب . وعن
محمد إذا فضل عن نفقة شهر له ولعياله يجب عليه نفقة أقاربه وإن لم يكن له شيء ويكتسب
كل يوم درهما يكفيه أربعة دنانير فإنه ينفق الفضل على أقربائه ، ومن له مسكن وخادم
محتاج تحل له الصدقة وتجب نفقته على أقاربه ، فإن كان في مسكنه فضل يكفيه
بعضه يؤمر ببيع البعض وينفق على نفسه ، وكذا إذا كانت له دابة نفيسة يؤمر ببيعها
ويشترى الأوكس وينفق الفضل ؛ ومن كان يأكل من الناس تسقط نفقته عن القريب ،
وإن أعطوه قدر نصف كفايته يسقط نصف النفقة . وقال أبو يوسف : إذا كان الابن
فقيرا كسوبا والأب زمن شاركة في القوت بالمعروف ، ومن لم يقدر على الكسب للزمانة
أو كان مقعدا يتكفف الناس فنفقته ونفقة ولده في بيت المال ؛ ولو كان الأب معسرا
والأم موسرة تؤمر الأم بالنفقة على الولد ثم ترجع على الأب إذا أيسر ؛ وكذلك إذا كان
للأب المعسر أخ موسر يؤمر بالإنفاق على الصغير ثم يرجع على الأب ، وكذلك المرأة
المعسرة إذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقته على زوجها
ويؤمر الابن أو الأخ بالإنفاق عليها وترجع على زوجها إذا أيسر ، ويحبس الابن أو الأخ
إذا امتنع لأن هذا من المعروف ، وإذا كان للفقير أب غني وابن غني فالنفقة على الابن
لأن شبهته في مال الابن أكثر ، قال عليه الصلاة والسلام « أنت ومالك لأبيك » ويعتبر
في نفقة قرابة الولاد الأقرب فالأقرب دون الإرث ، لأن الله أوجب النفقة على المولود
له وأنه مشتق من الولاد وهو الجزئية والبعضية باعتبار التولد والتفرع عنه ؛ وفي نفقة
ذی الرحم المحرم يعتبر كونه أهل الإرث ، ويجب بقدر الميراث عند الاجتماع لأنه تعالى

وإذا باع الأب متاع ابنه في نفقته جاز (سم) ، ولو أنفق من مال له في يده جاز ، وإذا قضى القاضي بالنفقة ثم مضت مدة سقطت إلا أن يكون القاضي أمراً بالاستدانة عليه ، وعلى المولى أن ينفق على رقيقه ، فإن امتنع اكتسبوا وأنفقوا ، وإن لم يكن لهم كسب أجبر على بيعهم ،

أوجبها باسم الوراثة . فقير له ابن وبنت فنفقته عليهما نصفان ، ولو كان له بنت وأخ فنفقته على بنته لأنها أقرب . له بنت وابن ابن موسر فنفقته على البنت لأنها أقرب ، ولو كان له بنت بنت وابن بنت وأخ موسرون فنفقته على أولاد أولاده دون الأخ لما بينا . فقير له أخ وأخت لأب وأم فالنفقة عليهما بقدر ميراثهما ، ولو كان له أخت وعم فعليهما نصفان ، ولو كان له أم وجد فعليهما أثلاثا . وروى الحسن عن أبي حنيفة كلها على الجد ، ولو كان له أم وجد وأخ فالثالث على الأم والباقي على الجد ، وعندهما الباقي على الأخ والجد نصفان . له عم وخال النفقة على العم . له خال وابن عم النفقة على الخال والميراث لابن العم ، وفي العمة والخالة ثلثان وثلث . قال (وإذا باع الأب متاع ابنه في نفقته جاز) وقالوا : لا يجوز ، وفي العقار لا يجوز بالإجماع (ولو أنفق من مال له في يده جاز) بالإجماع لأنه ظفر بجنس حقه فله أن يأخذه لأن نفقته واجبة قبل القضاء لما بينا والأم في هذا كالأب . لهما أن بالبلوغ انقطعت ولايته عنه وعن ماله حتى لا يملك ذلك في حضرته ولا في دين غير النفقة وصار كالأم . وله وهو الاستحسان أن للأب أن يحفظ مال ابنه الغائب كالوصي ، وبطل أولى لأنه أوفر شفقة وبيع النقلي من باب الحفظ ، فإذا باعه فالثمن من جنس حقه وهو نفقته فيأخذ منه حقه ، ولا كذلك العقار فانه محفوظ بنفسه وبخلاف الأم وغيرها من الأقارب لأنه لا ولاية لهم حال صغره ، ولا ولاية الحفظ حالة الغيبة مع الكبر فافترقا . قال (وإذا قضى القاضي بالنفقة ثم مضت مدة سقطت) لأنها إنما وجبت دفعا للحاجة وقد اندفعت ، بخلاف الزوجة إذا قضى لها لأنها وجبت مع اليسار لالدفع الحاجة فلا تسقط بحصول الاستغناء . قال (إلا أن يكون القاضي أمراً بالاستدانة عليه) لأن ولاية القاضي عامة ، فكأن الغائب أمره بذلك فتصير ديناً في ذمته فلا تسقط . قال (وعلى المولى أن ينفق على رقيقه) لقوله عليه الصلاة والسلام في حقهم « أطعموهم مما تأكلون ، وألبسوهم مما تلبسون ، ولا تعذبوا عباد الله » ولأنهم مشغولون بخدمة ربهم محبسون في ملكهم فيجب عليهم الإنفاق عليهم لئلا يهلكوا جوعاً (فان امتنع اكتسبوا وأنفقوا) لأن فيه رعاية للجانبين : جانبه ببقاء ملكه ، وجانبهم بدفع حاجتهم (وإن لم يكن لهم كسب) كالزمن والأعمى والجارية المستحسنة التي لا تزجر (أجبر على بيعهم) لأن الرقيق من أهل الاستحقاق وفي بيعهم إيفاء حقهم وإيفاء حق المولى بنقله إلى الخلف ،

وَسَائِرُ الْحَيَوَانَاتِ يُجَسَّرُ فِيهَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى .

فصل في الحضانة

وَإِذَا اخْتَصَمَ الزَّوْجَانِ فِي الْوَلَدِ قَبْلَ الْفُرْقَةِ أَوْ بَعْدَهَا فَالْأُمُّ أَحَقُّ ، ثُمَّ أُمُّهَا ثُمَّ أُمُّ الْأَبِ ثُمَّ الْأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ ثُمَّ لَأُمِّ

ولا يلزم على هذا الإصرار بنفقة الزوجة ، لأن نفقتها تصير دينا عليه فتمتكن من مطالبته وحبسه ، ولا دين للعبد على مولاه ، ولأنه يفوت ملكه في النكاح لا إلى خلف ، وههنا يفوت إلى الثمن ، على أن البيع هنا يقع باختياره وعقده والفسخ لا بفعله . قال (وسائر الحيوانات يجبر فيما بينه وبين الله تعالى) لما فيه من إضاعة المال وتعذيب الحيوان ، وقد ورد النهي عنهما ، وليست من أهل الاستحقاق ليقضى لها يجبر المولى على نفقتها أو بيعها .

فصل في الحضانة

وهي من الحضن ، وهو مادون الإبط إلى الكشح ، وحضنا الشيء : جانباه ، وحضن الطائر بيضه يحضنه : إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه ، فكان المربي للولد يتخذه في حضنه وإلى جنبه ، ولما كان الصغير عاجزا عن النظر في مصالح نفسه جعل الله تعالى ذلك إلى من يلي عليهم ، ففوض الولاية في المال والعقود إلى الرجال ، لأنهم بذلك أقوم وعليه أقدر ، وفوض التربية إلى النساء لأنهن أشفق وأحنى وأقدر على التربية من الرجال وأقوى . قال (وإذا اختصم الزوجان في الولد قبل الفرقة أو بعدها فالأُمُّ أَحَقُّ) لما روى « أن امرأة أتت رسول الله عليه الصلاة والسلام فقالت : يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وحجري له حواء ، وثديي له سقاء ، وزعم أبوه أنه ينتزعه مني ، فقال عليه الصلاة والسلام : أنت أحق به ما لم تنكحي » . وروى سعيد بن المسيب أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق زوجته أم ابنه عاصم ، فتنازعا وارتفعا إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فقال له أبو بكر : ريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ، ودفعه إليها والصحابه حاضرون متكاثرون ، ولأنها أقوم بالتربية وأقدر عليها من الأب فكان الدفع إليها أنظر للصبي ، وكل من له حضانة لا يدفع إليه الولد ما لم يطلبه فعساه يعجز عنه ، بخلاف الأب إذا امتنع عن أخذه بعد الاستغناء عن الحضانة - حيث يجبر على أخذه إذا امتنع ، لأن الصيانة عليه . قال (ثم أمها ثم أم الأب ثم الأخت لأبوين ثم لأم

ثم لأب ، ثم الحالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضاً ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ . وهن أولى من العمات ، ومن لها الحضانة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها ، فان فارقته عاد حقها ، والقول قول المرأة في نفى الزوج ، ويكون الغلام عندهن حتى يستغني عن الخدمة ، وتكون الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض وعنده غيرهما حتى تستغني ،

ثم لأب ، ثم الحالات كذلك ، ثم العمات كذلك أيضاً ، وبنات الأخت أولى من بنات الأخ . وهن أولى من العمات (والأصل في ذلك أن هذه الولاية تستفاد من قبل الأمهات لما قدمناه . فكانت جهة الأم مقدمة على جهة الأب ، ولأن الجدات أقرب من الأخوات والأخوات أقرب من الحالات والعمات . وروى محمد عن أبي حنيفة أن الحالة مقدمة على الأخت لأب . لأن الحالة بمنزلة الأم ، قال عليه الصلاة والسلام « الحالة والدة » والحالات مساويات للعمات في القرب . وإنما تقدم الحالات لأن قربتهن من جهة الأم ، وتقدم من كانت لأب وأم لأنها تدلى بجهتين فتكون أولى ثم من الأم ثم من الأب ترجيحاً لقربة الأم . ولا حق لمن لهن رحم غير محرم كبنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والحالات قال (ومن لها الحضانة إذا تزوجت بأجنبي سقط حقها) لقوله عليه الصلاة والسلام « أنت أحتق به ما لم تنكح » وفي رواية « ما لم تزوج » وفي حديث أبي بكر « أمه أولى به ما لم يشب أو تزوج » ولأن الصبي يلحقه من زوج أمه جفاء فيسقط حقها للمضرة ، لأن حقها إنما يثبت في الحضانة لشفقتها نظراً له ، فاذا زالت زال ، بخلاف ما إذا تزوجت بذي رحم محرم من الصبي حيث لا تسقط لشفقته عليه ، كما إذا تزوجت الأم بعمه والجدّة بالجدّ لأنه لا يلحقه جفاء من جدّه وعمه . قال (فان فارقته عاد حقها) لأن المانع قد زال (والقول قول المرأة في نفى الزوج) لأنها تنكر بطلان حقها في الحضانة . قال (ويكون الغلام عندهن حتى يستغني عن الخدمة) فيأكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده . وقدّره أبو بكر الرازي بتسع سنين . والخصاف بسبع اعتباراً للغالب ، وإليه الإشارة بقول الصديق رضي الله عنه : هي أحتق به حتى يشب ، ولأنه إذا استغني يحتاج إلى التأديب بآداب الرجال والنخلق بأخلاقهم وتعليم القرآن والعلم والحرف ، والأب على ذلك أقدر فكان أولى وأجدر . قال (وتكون الجارية عند الأم والجدّة حتى تحيض وعند غيرهما حتى تستغني) وقيل حتى تشهى ، لأن الجارية بعد الاستغناء تحتاج إلى التأديب بآداب النساء وتعليم أشغالهن . والأم أقدر على ذلك ، فاذا بلغت احتاجت إلى الحفظ والصيانة . والأب على ذلك أقدر ، وأما غير الأم والجدّة فلائها لا تقدر على استخدامها فلا يحصل التأديب . ولا كذلك الأم والجدّة . وعن محمد إذا بلغت حدّاً

وإذا لم يكن للصغير امرأة أخذته الرجال ، وأولاهم أقربهم تعصيا ، ولا تدفع الصبية إلى غير محرم ، ولا إلى محرم ماجن فاسق ؛ وإذا اجتمع مستحقو الحضنة في درجة واحدة فأورعهم أولى ثم أكبرهم ، ولا حق للأمة وأم الولد في الحضنة ، والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر ؛ وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء ، وليس للأب أن يخرج بولده إلى وطنها وقد وقع العقد فيه ، إلا أن يكون تزوجها في دار الحرب وهو وطنها .

تسمى يأخذها الأب من الأم للحاجة إلى الحفظ . وسئل محمد : إذا اجتمع النساء ولهن أزواج ؟ قال : يضعه القاضي حيث شاء لأنه لاحق لهن كمن لاقابة له . قال (وإذا لم يكن للصغير امرأة أخذته الرجال) صونا له (وأولاهم أقربهم تعصيا) لأن الولاية عليه بالقرب . وكذلك إذا استغنى عن الحضنة ، فالأولى بالحفظ أقربهم تعصيا . قال (ولا تدفع الصبية إلى غير محرم) كابن العم ومولى العتاقة خوفا من الوقوع في المعصية (ولا إلى محرم ماجن فاسق) لأنه لا يؤمن فسقه فان لم يكن لها إلا ابن عم فان شاء القاضي ضمها إليه إن كان أصلاح ، وإلا وضعها عند أمينة ؛ ولو كان الأخ مخوفا عليها يضعها القاضي عند امرأة ثقة .

الطيب المأمونة لها حق التفرد بالسكنى ، فان لم تكن مأمونة فالأب يضمها إليه ، وليس للبكر حق التفرد ، فان دخلت في السن وكان لها رأى فلها أن تنفرد . قال (وإذا اجتمع مستحقو الحضنة في درجة واحدة فأورعهم أولى ثم أكبرهم ، ولا حق للأمة وأم الولد في الحضنة) لأنها من باب الولاية وليستا من أهلها ، فاذا أعتقتا فهما كالحرة (والذمية أحق بولدها المسلم ما لم يخف عليه الكفر) لأن النظر له في حضنتها قبل ذلك وبعده عليه فيه الضرر . قال (وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء) لما فيه من إبطال حق الأم من الحضنة (وليس للأب أن يخرج بولده إلى وطنها وقد وقع العقد فيه) لأن الزوج فيه دليل المقام فيه ظاهرا فقد التزم المقام في بلدها ، وإنما لزمها اتباعه بحكم الزوجية ، فاذا زالت الزوجية جاز لها أن تعود إليه لأنه رضى بذلك (إلا أن يكون تزوجها في دار الحرب وهو وطنها) لأنه ضرر بالصبي لأنه يتعود أخلاق الكفار وربما يألفهم ، وإذا أرادت أن تخرجه إلى بلدها ولم يقع العقد فيه ليس لها ذلك . لأنه لم يلتزم لها ذلك لأنه لم يلتزم لها المقام فيه فلا يجوز لها التفريق بينه وبين الولد من غير التزامه . وعن شريح : إذا تفرقت الدار فالعصبة أحق بالولد ، وإن كان العقد في غير وطنها فأرادت أن تنقله إليه ليس لها ذلك ، لأنه دار غربة كالبلد الذي فيه الزوج ،

كتاب العتق

وإذا تساويا لم يميز لها نقله ، وقيل لها ذلك لأن العقد وجد فيه فيوجب أحكامه فيه فلا بدّ في النفاذ من الوطن ووقوع العقد فيه ، وهذا إذا كان بين المصريين مسافة ، أما إذا كان بينهما ما يمكن الأب الاطلاع عليه ويبيت في منزله فلا بأس به ، لأنه لا يلحقه بذلك ضرر ، وصار كالنقلة من محلة إلى أخرى في المصر المتباعد الأطراف ، والقريتان كالمصريين ، وكذا لو انتقلت من القرية إلى المصر ، لأن فيه نظرا للصغير حيث يتحلق بأخلاق أهل المصر ، وبالعكس لا ، لأن أخلاق أهل السواد أجفى فكان فيه ضرر بالصبيّ فلا يجوز .

كتاب العتق

وهو في اللغة : القوّة ، يقال : عتق الطائر إذا قوى على الطيران ، وعتاق الطير : كواسيها لقوّتها على الكسب ، وعتقت الحمر : قويت واشتدت ، ويستعمل للجمال ، يقال : فرس عتيق : أي رائع جميل ، وسمي الصديق عتيقا لجماله ، ويستعمل للكرم ، ومنه البيت العتيق : أي الكريم ، ويستعمل للسعة والجودة ، ومنه رزق عاتق : أي جيد واسع . وفي الشرع : زوال الرقّ عن المملوك وفيه هذه المعاني اللغوية فانه بالعتق يقوى على ما لم يكن قادرا عليه قبله من الأقوال والأفعال ، ويورثه جمالا وكرامة بين الناس ويزول عنه ما كان فيه من ضيق الحجر والعبودية فيتسع رزقه بسبب القدرة على الكسب . والحرية : الخلاص ، والحرّ : الخالص ، ومنه طين حرّ : خالص لا رمل فيه ، وأرض حرّة : خالصة من الخراج والنوائب . والتحرير : إثبات الحرية وهو الخاوص في الذات عن شائبة الرقّ . والرقّ في اللغة : الضعف . ومنه ثوب رقيق ، وصوت رقيق : أي ضعيف . وفي الشرع : ضعف معنويّ ، وهو العجز عما يقدر عليه الحرّ من الولايات والشهادات والخروج إلى الحجّ والجهاد وصلاة الجمعة والحنائز وغيرها من العبادات ، وبالإعتاق والتحرير تثبت له القوّة على هذه الأفعال وتخلصه عن شوائب الرقّ والإذلال . وقال القدوري رحمه الله : العتق إسقاط الحقّ عن الرقّ ، والحقوق تسقط بالإسقاط ، فإسقاط الحقّ عن الرقّ عتق ، وعن استباحة البضع طلاق ، وعن المديون براءة ، فانه إذا أسقط حقه عن هذه الأشياء لم يبق شيء يحتاج إلى النقل فيسقط ، ولا كذلك الأعيان فانه لا يصحّ إسقاط الحقّ عنها ، لأن العين بعد الإسقاط تبقى غير منتقلة فلا يسقط حقه وهو قضية مشروعة وقربة مندوبة . أما شرعيّتها فلقلوله تعالى - فتحرير رقبة - وقال - فتحرير رقبة مؤمنة - كلفنا بتحرير الرقبة ، ولولا شرعيّته لما كلفناه ، إذ تكليف

وَلَا يَقَعُ إِلَّا مِنْ مَالِكَ قَادِرٍ عَلَى التَّبَرُّعَاتِ . وَالْفَاضِلُ : صَرِيحٌ ، وَكِنَايَةٌ .
فَالصَّرِيحُ يَقَعُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ ، وَهُوَ قَوْلُهُ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ مُحَرَّرٌ ، أَوْ عَتِيقٌ
أَوْ مُعْتَقٌ ، وَأَعْتَقْتُكَ ، أَوْ حَرَّرْتُكَ ، وَهَذَا مَوْلَايَ ، أَوْ يَا مَوْلَايَ ، أَوْ هَذِهِ
مَوْلَاتِي ، وَيَا حُرٌّ ، وَيَا عَتِيقٌ ، إِلَّا أَنْ يُجْعَلَ ذَلِكَ اسْمًا لَهُ فَلَا يَعْتَقُ ؛ وَكَذَلِكَ
إِضَافَةُ الْحُرِّيَّةِ إِلَى مَا يُعَبَّرُ بِهِ عَنِ الْبَدَنِ .

ما ليس بمشروع قبيح ، والنبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه أعتقوا ، والإجماع على شرعيته ،
وأما الندية فلقوله تعالى - فك رقة أو إطعام في يوم ذي مسغبة - والندية تدل على
المشروعية أيضا . وروى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « أيما مؤمن أعتق
مؤمنا في الدنيا أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار » وسأل أعرابي رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال : « علمني عملا يدخلني الجنة » فقال : لئن أقصرت الخطبة لقد عرضت
المسئلة أعتق النسيمة وفك الرقة ، قال : أليسا واحدا ؟ قال لا ، عتق الرقة أن تنفرد
بعتقها ، وفك الرقة أن تعين في ثمنها » ثم العتق قد يقع قرية ومباحا ومعصية ، فإن أعتقه
لوجه الله تعالى أو عن كفارة فهو قرية ، وإن أعتقه من غير نية أو أعتقه لفلان فهو مباح
وليس بقرية ، وإن أعتقه للصنم أو للشيطان فهو معصية . ويستحب أن يكتب له كتابا
باعتق ويشهد عليه به توثقا وخوفا من التجاحد (ولا يقع إلا من مالك قادر على التبرعات)
أما الملك فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم » ، وكذلك إذا أضافه
إلى ملكه كما مر في الطلاق ، وأما كونه قادرا على التبرعات فلأنه تبرع . قال (وألفاظه
صريح وكناية ، فالصريح يقع بغير نية) كما قلنا في الطلاق (وهو قوله : أنت حر ،
أو محرر ، أو عتيق ، أو معتق) وإن نوى به الخلوص والقدم صدق ديانة لا قضاء ،
لأنه خلاف الظاهر وهو يحتمله (و) قوله (أعتقتك ، أو حررتك) صريح أيضا
(و) كذلك (هذا مولاي ، أو يا مولاي ، أو هذه مولاتي) لأنه يستعمل في المعتق والمعتق
فاذا انتفى أحدهما ثبت الآخر ضرورة ، ولو نوى النصرة والمحبة صدق ديانة لا قضاء
لما بينا ، ولو قال : أنت حر من هذا العمل ، أو أنت حر اليوم من هذا العمل عتق
قضاء لأنه متى صار حرا في شيء صار حرا في كل الأشياء ، لأن الحرية لا تنجزى
(ويا حر ، ويا عتيق) صريح أيضا (إلا أن يجعل ذلك اسما له فلا يعتق) إلا أن يريد به
الإنشاء . قال (وكذلك إضافة الحرية إلى ما يعبر به عن البدن) وهو كالطلاق في التفصيل
والحكم والخلاف والعلة ، ولو أعتق جزءا شائعا كالثالث والرابع عتق ذلك الجزء عند
أبي حنيفة ويسعى العبد في الباقي ، وعندهما يعتق كله على ما نبينه ؛ ولو قال : بعضك حر

وَالْكِنَايَاتُ تَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ ، وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ : لَامِلَكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقَّ ، وَخَرَجْتَ مِنْ مِلْكِي ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ لِأُمْتِهِ : أَطْلَقْتُكَ ، وَلَوْ قَالَ طَلَقْتُكَ لَا تَعْتِقُ وَإِنْ نَوَى ؛ وَإِنْ قَالَ : هَذَا ابْنِي أَوْ ابْنِي أَوْ أُمِّي عَتَقَ (سَم) ،

أَوْ جَزْؤُكَ عَتَقَ كُلَّهُ عِنْدَهُمَا . وَعِنْدَ أَبِي حَنِيفَةَ يُؤْمَرُ بِالْبَيَانِ . وَلَوْ قَالَ : دَمَكَ حَرَّ فِيهِ رَوَايَتَانِ . وَعَنْ أَبِي يُونُسَ لَوْ قَالَ لِأُمْتِهِ : فَرَجَكَ حَرَّ مِنَ الْجَمَاعِ عَقَمْتُ ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِهِ : فَرَجَكَ حَرَّ يَعْتِقُ ؛ وَقِيلَ لَا يَعْتِقُ لِأَنَّهُ فَرَجَ الْمَرْأَةَ يَعْبُرُ بِهِ عَنْ جَمِيعِ الْبَدَنِ لَا فَرَجَ الرَّجُلِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَعَنَ اللَّهُ الْفُرُوجَ عَلَى السَّرُوجِ » وَالْمُرَادُ النِّسَاءُ ، وَفِي الْأَسْتِ وَالِدَبْرِ الْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ لِأَنَّهُ لَا يَعْبُرُ بِهِ عَنْ الْبَدَنِ ؛ وَفِي الْعَتَقِ رَوَايَتَانِ . وَمِمَّا يَلْحَقُ بِالصَّرِيحِ قَوْلُهُ لِعَبْدِهِ : وَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ ، أَوْ بَعْتُكَ نَفْسَكَ فَإِنَّهُ يَعْتِقُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ قَبْلَ الْعَبْدِ أَوْ لَمْ يَقْبَلْ ، لِأَنَّهُ ذَلِكَ يَقْتَضِي زَوَالَ الْمَلِكِ إِلَى الْعَبْدِ فَيَزُولُ مَلِكُهُ بِأَزَالَتِهِ صَرِيحًا ، فَلَمْ يَكُنْ صَرِيحًا فِي الْعَتَقِ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْضُوعٍ لُغَةً . لَكِنَّهُ مَلْحَقٌ بِالصَّرِيحِ مِنْ حَيْثُ إِنَّهُ يَقَعُ بِغَيْرِ نِيَّةٍ ، وَإِنَّمَا يَمْلِكُ الْعَبْدُ النَّفْسِيَّةَ دُونَ الْمَالِيَّةِ لِأَنَّهُ بِغَيْرِ عَوَاضٍ فَيَكُونُ إِعْتَاقًا فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى الْقَبُولِ ، حَتَّى لَوْ قَالَ لَهُ : بَعْتُ مِنْكَ نَفْسَكَ بِكَذَا افْتَقَرَ إِلَى الْقَبُولِ لِمَكَانِ الْعَوَاضِ (وَالْكِنَايَاتُ تَحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ) لِاحْتِمَالِ اللَّفْظِ الْعَتَقَ وَغَيْرِهِ فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا إِلَّا بِالنِّيَّةِ كَمَا قُلْنَا فِي الطَّلَاقِ (وَذَلِكَ مِثْلُ قَوْلِهِ : لَامِلَكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَا رِقَّ ، وَخَرَجْتَ مِنْ مِلْكِي) لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ لَامِلَكَ لِي عَلَيْكَ لِأَنَّهُ بَعْتُكَ أَوْ وَهَبْتُكَ . وَيَحْتَمِلُ لِأَنَّهُ أَعْتَقْتُكَ ، وَكَذَا سَائِرُهَا فَاحْتَاجُ إِلَى النِّيَّةِ ، وَكَذَا خَلَيْتُ سَبِيلَكَ ، وَلَا سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ ، لِأَنَّهُ نَبَى السَّبِيلَ يَكُونُ بِالْبَيْعِ وَيَكُونُ بِالْكِتَابَةِ وَيَكُونُ بِالْعَتَقِ فَلَا يَتَعَيَّنُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ (وَكَذَا لَوْ قَالَ لِأُمْتِهِ : أَطْلَقْتُكَ) لِأَنَّهُ بِمَعْنَى خَلَيْتُ سَبِيلَكَ (وَلَوْ قَالَ : طَلَقْتُكَ لَا تَعْتِقُ وَإِنْ نَوَى) وَكَذَلِكَ سَائِرُ الْأَفْظَانِ صَرِيحِ الطَّلَاقِ وَكِنَايَاتِهِ ، لِأَنَّهُ مَلِكُ الْبَيْنِ أَقْوَى مِنْ مَلِكِ النِّكَاحِ . وَمَا يَزِيلُ الْأَقْوَى يَزِيلُ الْأَضْعَفَ بِطَرِيقِ الْأَوَّلِيِّ . أَمَا مَا يَكُونُ مَزِيلًا لِلْأَضْعَفِ لَا يُلْزَمُ أَنْ يَكُونَ مَزِيلًا لِلْأَقْوَى ، وَلِأَنَّ الْعَتَقَ إِثْبَاتٌ لِلْقُوَّةِ عَلَى مَا قَدَّمَاهُ . وَالطَّلَاقُ رَفْعُ الْقَيْدِ . وَبَيْنَ الْإِثْبَاتِ وَالرَّفْعِ تَضَادٌّ ، وَلِأَنَّ صَرِيحَ الطَّلَاقِ وَكِنَايَاتِهِ مُسْتَعْمَلَةٌ لِحَرَمَةِ الْوِطْءِ ، وَحَرَمَةِ الْوِطْءِ تَنَاقُ النِّكَاحِ وَلَا تَنَاقُ الْمَمْلُوكِيَّةَ فَلَا يَقَعُ كِنَايَةُ عَنْهُ . وَلَوْ قَالَ لِأُمْتِهِ : أَنْتَ حُرٌّ أَوْ لِعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ لَا تَعْتِقُ إِلَّا بِالنِّيَّةِ . لِأَنَّهُ لَيْسَ صَرِيحًا فِيهِ . وَلَوْ قَالَ : لِأَحَقِّ نَبَى عَلَيْكَ يَعْتِقُ إِذَا نَوَى ، رَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَمُحَمَّدٍ ، لِأَنَّ الْحَقَّ عِبَارَةٌ عَنِ الْمَلِكِ فَكَأَنَّهُ قَالَ : لَامِلَكَ لِي عَلَيْكَ ، وَلَوْ قَالَ : أَنْتَ لَكَ . أَوْ جَعَلْتُكَ خَالِصًا لِلَّهِ . رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ لَا يَعْتِقُ لِأَنَّ الْأَشْيَاءَ كُلَّهَا لِلَّهِ تَعَالَى بِحُكْمِ التَّخْلِيقِ . وَعِنْدَهُمَا أَنَّهُ يَعْتِقُ لِأَنَّ الْخَلْقَ كُلَّهُ لِلَّهِ تَعَالَى لَا يَحْتَقِقُ إِلَّا بِالْعَتَقِ . قَالَ (وَإِنْ قَالَ هَذَا ابْنِي أَوْ ابْنِي أَوْ أُمِّي عَتَقَ)

وَكَلَّوْ قَالَ : هَذَا أَخِي كَمْ يَعْتَقُ ، وَكَلَّوْ قَالَ : يَا ابْنِي أَوْ يَا أَخِي كَمْ يَعْتَقُ ، وَكَلَّوْ قَالَ : أَنْتَ مِثْلُ الْحُرِّ كَمْ يَعْتَقُ ، وَكَلَّوْ قَالَ : مَا أَنْتَ إِلَّا حُرٌّ عَتَقَ ، وَكَلَّوْ قَالَ : لَأَسْلُطَانَ لِي عَلَيْكَ

وكذلك قوله : هذا عبي أو خالي ؛ ثم إن كان العبد يصلح والدا أو ولدا وهو مجهول النسب ثبتت نسبه أيضا ، لأن له ولاية الدعوة والعبد محتاج إلى النسب فيثبت ويعتق بالإجماع ، وإن كان لا يصلح والدا في قوله هذا أبي بأن كان أصغر منه ، ولا ولدا في قوله هذا ابني بأن كان أكبر منه ، أو مقارنه عتق أيضا عملا بمجاز اللفظ وهو الحرية عليه من حين ملكه ولا يثبت النسب لتعذره . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يعتق لأنه كذب ، فصار كقوله أعتقتك قبل أن أخلق . ولأبي حنيفة أنه إن تعذر العمل بحقيقته أمكن العمل بمجازه ، لأن الحرية ملازمة للبنوة في الملوك والملازمة من طريق المجاز تحرزا عن إلغاء كلام الأقل ، بخلاف ما ذكر لأنه لا وجه للمجاز فيه فتعين الإلغاء ، ثم قيل لا يشترط تصديق العبد لأن إقرار المالك على مملوكه يصبح من غير تصديقه ، وقيل يشترط التصديق فيما سوى دعوة البنوة ، لأن غير البنوة حمل النسب على غيره فيكون دعوى على العبد يلزمه بعد الحرية فيشترط تصديقه ، وإن كان العبد معروف النسب لا يثبت نسبه منه للتعذر ، ويعتق عملا بما ذكرنا من المجاز (ولو قال : هذا أخي لم يعتق) في ظاهر الرواية لأنه يراد به الأخ في الدين عرفا وشرعا ، قال تعالى - إنما المؤمنون إخوة - وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يعتق لأن ملك الأخ موجب للعتق ، والأخوة عند الإطلاق تنصرف إلى النسب (ولو قال : يا ابني أو يا أخي لم يعتق) في ظاهر الرواية . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يعتق بالنداء إلا بخمسة ألفاظ : يا ابني ، يا بنتي ، يا عتيق ، يا حر ، يا مولاي . وقال محمد في النواحر : لا يعتق إلا بالثلاثة الأخيرة ، لأن النداء وضع لإعلام المنادى بالتحقيق معنى النداء في المنادى حتى يقال للبصير يا أعمى ، وللأبيض يا أسود ، إلا فيما تعارف الناس إثبات العتق به وهي الألفاظ الثلاثة . ولأبي حنيفة أنه تعذر جعله إعلاما لأن المذكور ليس باسم له وضعها فجعلناه لإثبات معنى النداء في المنادى وهو الحرية صونا لكلامه عن الإلغاء ؛ ولو قال لعبده : هذه بنتي ، أو لأمتي : هذا ابني عتق عند أبي حنيفة عملا بالإشارة ، وقيل لا يعتق لأن الإشارة والتسمية اجتماعا في جنسين فكانت العبرة للتسمية والمسمى معدوم (ولو قال : أنت مثل الحر لم يعتق) لأن هذا اللفظ يراد به المشاركة في بعض المعاني عرفا وقد وجد فلا يعتق بالشك . وقال بعض المشايخ : يعتق إذا نوى كقوله لامرأته : أنت مثل امرأة فلان وفلان قد آلى من امرأته إن نوى الإيلاء بصير موليا (ولو قال : ما أنت إلا حر عتق) لأن هذا إثبات من النفي فهو أبلغ في التأكيد كلفظة الشهادة (ولو قال : لاسلطان لي عليك ،

لَمْ يَعْتِقْ وَإِنْ نَوَى ؛ وَعَتَقَ الْمُكْرَهَ وَالسَّكْرَانَ وَاقَعَ .
وَمَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ تَحْرِمُ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ ، وَلَوْ كَانَ الْمَالِكُ صَبِيًّا
أَوْ مَجْنُونًا ، وَالْمَكَاتِبُ يَتَكَاتَبُ عَلَيْهِ قَرَابَةُ الْوَلَادِ لَاغَيْرُ (سم) ؛ وَمَنْ
أَعْتَقَ عَبْدَهُ لِلصَّبِيِّ أَوْ لِلشَّيْطَانِ عَتَقَ وَكَانَ عَاصِيًا ؛ وَمَنْ أَعْتَقَ حَامِلًا
عَتَقَ حَمْلَهَا مَعَهَا ،

لم يعتق وإن نوى (لأن السلطان عبارة عن اليد ، فصار كأنه قال : لا يد لي عليك ونوى
لا يعتق ، لأن نبي اليد المفردة بالكتابة لا بالعتق (وعتق المسكوه والسكران واقع) لما مر
في الطلاق .

فصل

(ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه ولو كان المالك صبيًا أو مجنونًا) لقوله عليه
الصلاة والسلام « من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر » وفي رواية « عتق عليه » فينتظم
الصغير والكبير والعاقل والمجنون والمسلم والكافر عملا بعموم كلمة « من » ولأنه تعلق به
حق العباد وهم الأقرباء ، فيدخل فيه الصغير والمجنون كالفقاعات وضمان المتلفات ، ويدخل
فيه كل ذي رحم محرم ولاد وغيره كالإخوة وبنينهم والأعمام والعمات والأخوال
والخالات عملا بالإطلاق ، وذو الرحم المحرم كل شخصين يدلان إلى أصل واحد بلا واسطة
كالأخوين أو أحدهما بواسطة الآخر بغير واسطة كالعم وابن الأخ إلى الجدة ؛ ولا يعتق
بالمالك ذو رحم غير محرم ، كبنى الأعمام والأخوال وبنى العمات والخالات ، ولا محرم
غير ذي رحم كالحرمات بالصبورية والرضاع ، لأن العتق بدون الإعتاق ضرر إلا أنا
خالقناه في الرحم المحرم بالنص فبقى الباقي على الأصل . قال (والمكاتيب يتكاتب عليه قرابة
الولاد لاغير) وقالوا : يتكاتب عليه الأخ ومن في معناه وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأنه
لو كان حراً عتق عليه ، فإذا كان مكاتباً يتكاتب عليه كقرابة الولاد . وله أن ملك المكاتب
ناقص حتى لا يقدر على الإعتاق والوجوب عند القدرة وقرابة الولاد العتق فيهم من مقاصد
الكتابة ، فامتنع البيع تحصيلًا لمقصود الكتابة . أما حرية الأخ والعمة ليست من مقصود
الكتابة فلا يظهر فيهما . قال (ومن أعتق عبده للصبي أو للشيطان عتق وكان عاصيًا)
لصدور الإعتاق من أهله مضافاً إلى محله عن ولاية ، ولأن قوله : أنت حر صريح
في العتق فيقع ، ويلغو قوله للصبي أو للشيطان ويكون عاصيًا ، لأن ذلك من فعل الكفرة
وعبد الأصنام . قال (ومن أعتق حاملاً عتق حملها معها) لأنه متصل بها فصار كعض
أجزائها ، وليس القبض والتسليم فيه شرطاً فيصح ، بخلاف البيع والهبة حيث لا يصح

وَأَنْ أَعْتَقَ حَمْلَهَا عَتَقَ خَاصَّةً ؛ وَالْوَلَدُ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الْحُرِّيَّةِ وَالرَّقِّ وَالتَّدْبِيرِ ،
وَوَلَدُ الْأُمَّةِ مِنْ مَوْلَاهَا حُرٌّ ، وَوَلَدُ الْمَغْرُورِ حُرٌّ بِالْقِيَمَةِ ، وَمَنْ أَعْتَقَ
عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِيلَ عَتَقَ وَلَزِمَهُ الْمَالُ ؛ وَإِنْ قَالَ : إِنْ أَدَيْتَ إِلَى أَلْفَا
فَأَنْتَ حُرٌّ صَارَ مَأْذُونًا وَيَعْتَقُ بِالتَّخْلِيَةِ (ز) بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأَلْفِ ، وَلَهُ أَنْ
يَبِيعَهُ قَبْلَ أَدَاءِ الْمَالِ .

لاشترط القبض أو القدرة عليه (وإن أعتق حملها عتق خاصة) لأن العتق لم يرد عليها لتعتق
أصالة ولا تعتق تبعاً لأنها أصل ، ولو أعتقه على مال عتق وبطل المال ، لأن المال لا يلزم
الحمل لأنه لا ولاية له ولا عليه ، ولا يلزم الأم لعدم التزامها ، ثم إنما يعرف قيام الحمل
وقت العتق إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر من يوم العتق لما عرف . قال (والولد يتبع
الأم في الحرية والرق في التدبير) لأن جانب الأم راجح اعتباراً للحضانة (وولد الأمة
من مولاها حر) لأنه انخلق من مائه وقد انعلق على ملكه فاعتق عليه (وولد المغرور حر
بالقيمة) وهو ما إذا تزوج حر امرأة على أنها حرة فإذا هي أمة ، فأولاده منها أحرار وعليه
قيمتهم لمولاها على ذلك لإجماع الصحابة ؛ ولو كان المغرور مكاتباً أو مدبراً أو عبداً فكذلك
عند محمد ، لأن ما نقل من إجماع الصحابة لا يفصل ، وقال : أولادهم أرقاء لحصولهم بين
رقيقين فلا وجه إلى حريتهم ، بخلاف الأب الحر فإنه يمكن جعل الولد حراً تبعاً لأبيه ،
وإجماع الصحابة لم يرد قولاً بل حكموا بذلك في صورة كان الأب حراً فلا يناس عليه ،
ولأن العبد لا يعبر بكون ولده عبداً والحر يعبر بفاقرقا . قال (ومن أعتق عبده على مال
فقبل عتق ولزمه المال) مثل أن يقول : أنت حر بألف ، أو على ألف ، أو على أن لي
عليك ألفا ، أو على أن تعطيني ألفا ؛ أو على أن تؤدّي لي ألفا ؛ وإنما شرط قبوله لأنه
معاوضة ، ومن شرطها ثبوت الحكم بقبول العوض في الحال كالبيع ، ولهذا قلنا يعتق إذا
قبل لأنه علق العتق بالقبول لا بالأداء ، وقوله لزمه المال معناه يصير ديناً عليه حتى تصح به
الكفالة ، واللفظ باطلاته ينتظم جميع أنواع المال : النقود والعروض والحيوان ، وإن
كان بغير عينه لأنه معاوضة مال بغير مال كالنكاح وأخواته ، ويتعلق بقبوله في المجلس
إن حضره وإن غاب على مجلس علمه ، وإن كان التعليق بإذاه فهو كالتعليق بمضى لا يتوقف
بالمجلس وقد عرف في الطلاق . قال (وإن قال : إن أديت لي ألفا فأنت حر صار مأذوناً
ويعتق بالتخلية بينه وبين الألف ، وله أن يبيعه قبل أداء المال) أما صيرورته مأذوناً فلأن
المولى لما طلب منه أداء المال وطريقه الاكتساب بالتجارة غالباً ، فقد أذن له في التجارة
دلالة . وأما جواز البيع قبل أداء المال لأنه علق عتقه بأداء جميع المال ، فما لم يؤدّه
لم يوجد شرطه فلا يعتق وليس بمكاتب فله يبيعه ، وأما عتقه بالتخلية فذهبتنا . وقال زفر :

وَمَنْ أَعْتَقَ بَعْضَ عَبْدِهِ عَتَقَ وَسَعَىٰ فِي بَقِيَّةِ قِيَمَتِهِ لِمَوْلَاهُ (سَم) ،

لا يعتق إلا بالأداء إليه لأنه الشرط فلا يعتق قبله . ولنا أن هذا تعليق لفظا معاوضة مقصودا لأن الألف يصلح عوضا عن العتق حتى لو نص على المعاوضة يصير عوضا فينقذ معاوضة بين الألف والعتق تحصيلًا لمقصوده ، فباعتبار المعاوضة ينزل المولى قابلا للبدل متى وصل إليه لثلا يتضرر العبد به ، وقد رضى المولى بنزول العتق عند وصول الألف إليه ، وبالتخلية قد وصلت إليه فجعلناه تعليقًا ابتداء عملاً باللفظ دفعا للضرر عن المولى لثلا يخرج من ملكه ولا يسرى إلى الولد قبل الأداء معاوضة عند الأداء دفعا للضرر عن العبد حتى يعتق بالأداء على ما بينا ونظيره الهبة بعوض هبة ابتداء بيع انتهاء ، ولو أدى البعض أجبر المولى على قبوله ولا يعتق لما قلنا ، فإن أدى ألفا اكتسبها قبل التعليق عتق لوجود الشرط ويرجع عليه المولى بمثلها لأنه أدّاها من مال المولى ، وإن أدّاها من مال اكتسبه بعد التعليق عتق ولا يرجع عليه لأنه مأذون في الأداء منه على ما بينا .

فصل

(ومن أعتق بعض عبده عتق وسعى في بقية قيمته لمولاه) وقالوا : يعتق كله لأن الإعتاق لا يتجزى عندهما . فإضافة العتق إلى بعضه كإضافته إلى كله كما في الطلاق ، وعند أبي حنيفة يتجزى فيقتصر على ما أعتق . لهما قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد فقد عتق كاه إيس لله فيه شريك » ولأن الإعتاق إثبات العتق وهو قوة حكومية والقوة لا تتجزى . إذ لا يكون بعضه قويا وبعضه ضعيفا ، أو نقول : هو إزالة الرق الذي هو ضعف حكيم ، وكل واحد منهما لا يتجزى فصار كالعفو عن القصاص . وله ما روى نافع عن ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « من أعتق شقة من عبد فعليه ع كله » وفي رواية « كلف عتق ما بقي » وفي رواية « وجب عليه أن يعتق ما بقي » ولو عر بنفس الإعتاق لما وجب عليه إعناقه ولما كلف ذلك . لأن إعناق المعتق محال . وقال عليه الصلاة والسلام « من أعتق شركا له في عبد وكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم عليه قيمة عدل وأعطى شركاء حصصهم وعتق عليه العبد . وإلا فقد عتق منه ما عتق » وروى سعيد بن المسيب عن جماعة من الصحابة أنها قالوا : إذا كان العبد بين رجلين فأعتقه أحدهما فإنه يقوم عليه بأعلى القيمة ثم يغرم ثمنه ثم يعتق العبد ، وعائشة ترفعه إلى النبي عليه الصلاة والسلام ، ولأن الاعتيق إزالة ملكه ، والمتصرف إنما يتصرف فيما يدخل تحت ولايته وهو إزالة ملكه فيقتدر به . والأصل أن التصرف يقتصر على موضع الإضافة والتعدى في الطلاق والنقصان لعدم التجزى . أما الملك فلا لأنه متجزى كما في البيع والهبة . ويسمى إعناقا مجازا

وَالْمُسْتَسْعَى كَالْمُكَاتَبِ (سم) ، وَلَوْ أَعْتَقَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ نَصِيْبَهُ عَتَقَ ،
فَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَى قِيَمَةِ نَصِيْبِ شَرِيكِهِ فَاضِلًا عَنْ مَلْبُوسِهِ وَقُوْتِ يَوْمِهِ
وَعِيَالِهِ ، فَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ دَبَّرَ ، وَإِنْ شَاءَ كَاتَبَ ، وَإِنْ
شَاءَ ضَمَّنَ الْمُعْتَقَ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدَ ؛ وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَكَذَلِكَ
إِلَّا أَنَّهُ لَا يَضْمَنُ (سم) .

لأنه يصير إلى العتق فيحمل حديثهما على ذلك توفيقا بين الأحاديث ، وتجب السعاية في الباقي
على العبد ، لأن مالية الباقي صارت محتسبة عند العبد ، ولأن ما بقي منه على ملكه ،
ووجب إخراجه إلى الحرية بما رويها ، ولا يلزمه إزالته بغير عوض فكان له أن يستسعيه ،
وله أن يعتقه لأنه ملكه لما رويها كالمكاتب . قال (والمستسعى كالمكاتب) عند أبي حنيفة
حتى يؤدي السعاية لأنه تعلق عتقه بأداء المال فلا تقبل شهادته ، ولا يرث ولا يورث
ولا يتزوج ، ويفارق المكاتب في خصلة ، وهو أنه لا يرد في الرق لو عجز ، لأن الذي
أوجب السعاية وقوع الحرية في بعضه وهو موجود بعد العجز ؛ وقالوا : هو حر مديون ،
لأن العتق وقع في جميعه بناء على ما تقدم من الأصل في التجزئ فهو كسائر الأحرار عندهم ،
وهذا كما إذا أعتق بعض عبده ، أو أعتق بعض الشركاء نصيبه أو بعض الورثة أو الغرماء
أو المريض ولم يخرج من الثلث . أما العبد الرهن إذا أعتقه الرهن وهو معسر وسعى العبد
فهو حر بالإجماع ، لأن الدين على الرهن لافي رقة العبد ، ولهذا يرجع العبد على الرهن
بما سعى . قال (ولو أعتق أحد الشريكين نصيبه عتق ، فإن كان قادرا على قيمة نصيب
شريكه فاضلا عن ملبوسه وقوت يومه وعياله ، فشريكه إن شاء أعتق ، وإن شاء دبر ،
وإن شاء كاتب ، وإن شاء ضمن المعتق ، وإن شاء استسعى العبد ؛ وإن كان معسرا فكذلك
إلا أنه لا يضمن) وقالوا : ليس له إلا الضمان مع اليسار والسعاية مع الإعسار . والكلام
في هذه المسألة في مواضع : أحدها الضمان في حالة اليسار ، والدليل عليه ما روى من
الأحاديث أن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب الضمان على المعتق الموسر فيجب عليه ،
ولأنه أئلف نصيب الساكت حيث أعجزه عن التصرف فيه بالتملك فله أن يضمه ، فإذا
ضمه فالمعتق إن شاء أعتق لأنه ملكه بالضمان ، وإن شاء استسعى العبد لأنه انتقل إليه بما
كان لشريكه من الحقوق ، والولاء له في ذلك كله ، لأنه هو الذي أعتقه أو عتق على
ملكه ويرجع بما أدى على العبد ، لأنه لما أدى صار كالشريك الساكت ، الساكت ذلك
بالسعاية فكذا هذا . والثاني للساكت ولاية الإعناق لما تقدم أنه على ملكه فله أن يعتق
تسوية بينه وبين شريكه ، فإذا أعتق كان ولاء نصيبه له . والثالث للساكت أن يستسعى
العبد لحديث أبي هريرة قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من أعتق ثقتا من

مملوك فعليه أن يعتقه كله إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال استسعى العبد غير مشقوق عليه ، ولأن نصيبه باق على ملكه فله أن يأخذه من العبد لما بيننا ، فإذا استسعى فولاء نصيبه له أيضا لأنه عتق على ملكه . والرابع له أن يدبر أو يكاتب لأنه لما ثبت أن ملكه باق فيه كان قابلا للتدبير والكتابة ، ولأن التدبير نوع إعتاق والكتابة استسعاء منجم ويكون الولاء له أيضا ؛ وفي حالة الإعسار إن شاء الساكت أعتق أو دبر أو كاتب أو استسعى لما بيننا والولاء له في الوجوه كلها لأنه عتق على ملكه ، وهذه المسألة تبتني على تجزى الإعتاق ، فلما كان يتجزى عنده تفرعت هذه الأحكام عليه ، ولما لم يتجز عندهما عتق كله ، فإن كان موسرا يتعين الضمان لأنه أثلف عليه نصيبه وهو موسر ، وإن كان معسرا تعذر ضمانه فيستسعى العبد لأن ماله يتحسب عنده ، فله أن يستسعيه كغاصب الغاصب ونحوه ، ولا يرجع العبد بما يؤدى باجماع بيننا ، لأن منفعته حصلت للعبد بغير رضى المولى فكان ضمانا بعوض حصل له ، ولأنه يسعى لفكالك رقبته لالقضاء دين على المعتق لأنه معسر لم يلحقه شيء . ولهما أيضا قوله عليه الصلاة والسلام « من أعتق نصيبه من عبد مشترك إن كان غنيا ضمن وإن كان فقيرا يسعى العبد » قسم والقسمة تنافى الشركة ، ويعتبر الإعسار واليسار يوم الإعتاق ، حتى لو أعتق وهو موسر فأعسر لا يطل التضمين ، وإن كان معسرا فأيسر لا يثبت له حق التضمين لأنه حق ثبت بنفس العتق فلا يتغير وإن اختلفا في ذلك يحكم الحال ، إلا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف في الأحوال ، فالقول للمعتق لأنه منكر ؛ ولو اختلفا في قيمة العبد يوم العتق ، فإن ك قائما يقوم للحال ، وإن كان هالكا فالقول للمعتق أيضا ، وإن كان الإعتاق سابقا على الاختلاف فالقول له أيضا لأنه منكر للزيادة ؛ ولو اختلفا في القيمة ووقت الإعتاق يحكم بالعتق للحال ، وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت في القيمة ؛ ولو مات العبد قبل أن يختار الساكت شيئا ليس له إلا التضمين ، لأن العتق والسعاية فاتا بالموت ، فإذا ضمن رجع المعتق على كسب العبد إن كان له كسب ، ولو كان المعتق معسرا فللساكت أن يرجع في أكسابه لأن السعاية تجب بنفس العتق ؛ ولو مات المعتق يؤخذ الضمان من ماله إن كان العتق في الصحة ، وإن كان في المرض فلا شيء في تركته . وعن محمد يؤخذ من تركته ، وهو رواية عن أبي يوسف . لأن ضمان التملك لا يختلف بالصحة والمرض ؛ ولو مات الساكت فللورثة أحد الاختيارات ، فإن اختار بعضهم العتق وبعضهم الضمان فلهم ذلك . وروى الحسن عن أبي حنيفة ليس لهم إلا الاجتماع على أحدهما . أعتق نصيبه وهو موسر وشريكه عبد مأذون إن كان مديونا فله خيار التضمين أو السعاية ، وإن لم يكن مديونا

وَإِذَا اشْتَرَى ابْنُ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الْآبِ ، وَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ (سَم) وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِيهِ : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا أَوْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ دَبَّرَهُ أَوْ مَاتَ عَتَقَ الْآخَرُ ، وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ ،

فَالْخِيَارُ لِلْمَوْلَى ، وَإِنْ كَانَ شَرِيكُهُ صَبِيًّا فَإِنْ كَانَ لَهُ وَلِيٌّ أَوْ وَصِيٌّ إِنْ شَاءَ ضَمَنَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلِيٌّ يَنْتَظِرُ بُلُوغَهُ أَوْ يَنْصَبُ لَهُ الْقَاضِي وَلِيًّا ، وَهَذَا أَصْلُ كَبِيرٍ يَبْتَنِي عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنْ مَسَائِلِ الْعَتَقِ وَغَيْرِهِ . قَالَ (وَإِذَا اشْتَرَى ابْنُ أَحَدِهِمَا عَتَقَ نَصِيبُ الْآبِ وَشَرِيكُهُ إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ) وَكَذَا إِذَا مَلَكَاهُ بَهْمَةً أَوْ صَدَقَةً أَوْ وَصِيَّةً ، وَقَالَا : يَضْمَنُ الْآبُ نَصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا يَسْعَى الْإِبْنُ فِي نَصْفِ قِيَمَتِهِ لِشَرِيكِ أَبِيهِ ، وَعَلَى هَذَا إِذَا اشْتَرَاهُ وَقَدْ حَلَفَ أَحَدُهُمَا بَعْتَهُ إِنْ اشْتَرَى نَصْفَهُ ، وَإِنْ مَلَكَاهُ بِالْإِرْثِ (١) فَكَمَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ بِالْإِجْمَاعِ . لَهَا أَنْ تَشْرَأَ الْقَرِيبَ لِعِتَاقٍ عَلَى أَصْلَانَا ، فَقَدْ أَفْسَدَ نَصِيبَ الشَّرِيكِ بِالْإِعْتِاقِ فَضَارَ كَعَبْدٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ أَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ . وَلَأَبَى حَنِيفَةَ أَنْ تَشْرَأَ الْقَرِيبَ لِعِتَاقٍ كَمَا قَالَا وَقَدْ شَارَكَهُ فِيهِ فَقَدْ شَارَكَهُ فِي عِلَّةِ الْإِعْتِاقِ فَيَكُونُ رَاضِيًا بِأَفْسَادِ نَصِيبِهِ فَلَا يَضْمَنُ ، كَمَا إِذَا أُذِنَ لَهُ بِالْقَوْلِ ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ الْعِلْمِ وَعَدَمِهِ ، لِأَنَّ الْحُكْمَ يَدَارُ عَلَى السَّبَبِ وَهُوَ الشَّرَاءُ ، كَمَا إِذَا أَمَرَ رَجُلًا بِأَكْلِ طَعَامٍ مَمْلُوكٍ لِلْأَمْرِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ؛ وَلَوْ اشْتَرَى الْأَجْنَبِيُّ نَصْفَهُ أَوْ لَا ثُمَّ اشْتَرَى الْآبُ النِّصْفَ الْآخَرَ وَهُوَ مُوسِرٌ ، فَالْأَجْنَبِيُّ إِنْ شَاءَ ضَمَنَهُ لِأَنَّهُ مَارِضٌ بِأَفْسَادِ نَصِيبِهِ ، وَإِنْ شَاءَ اسْتَسْعَى الْعَبْدُ فِي نَصِيبِهِ لاحتباس مَالِيَتِهِ عِنْدَهُ ، وَقَالَا : يَضْمَنُ الْآبُ نَصْفَ قِيَمَتِهِ لِأَنَّهُ لَمَّا عَرَفَ ، وَلَوْ اشْتَرَى نَصْفَ ابْنِهِ وَهُوَ مُوسِرٌ مِنْ يَمْلِكُ جَمِيعَهُ لَمْ يَضْمَنَ لِلْبَائِعِ شَيْئًا ، وَقَالَا : يَضْمَنُ وَالْأَصْلُ مَا مَرَّ . قَالَ (وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِيهِ : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ بَاعَ أَحَدُهُمَا أَوْ عَرَضَهُ عَلَى الْبَيْعِ أَوْ دَبَّرَهُ أَوْ مَاتَ عَتَقَ الْآخَرُ) لِأَنَّهُ خَرَجَ بِالْمَوْتِ عَنْ مَحَلَّةِ الْعَتَقِ ، وَبِالْبَيْعِ عَنْ مَحَلَّةِ الْعَتَقِ مِنْ جِهَتِهِ ، وَبِالْعَرَضِ قَصْدُ الْوَصُولِ إِلَى الثَّنِ وَأَنَّهُ يَنَاقِ الْحُرِّيَّةَ وَذَلِكَ بِالْبَيْعِ ، وَإِذَا خَرَجَ عَنْ مَحَلَّةِ الْعَتَقِ تَعَيَّنَ الْآخَرُ ، وَبِالتَّدْبِيرِ قَصْدُ بَقَاءِ الْإِنْتِفَاعِ بِهِ إِلَى حِينِ مَوْتِهِ ، وَأَنَّهُ يَنَاقِ الْعَتَقَ الْمُنْجِزَ فَيَتَعَيَّنُ الْآخَرُ . قَالَ (وَكَذَا إِذَا اسْتَوْلَدَ إِحْدَى الْجَارِيَتَيْنِ) لِأَنَّ الْاسْتِيلَادَ كَالْتَّدْبِيرِ فِيمَا ذَكَرْنَا وَبَلَّ أَقْوَى ؛ وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِيهِ : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ثُمَّ قَالَ لِوَاحِدٍ بَعِينِهِ : أَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ ، فَإِنْ نَوَى الْبَيَانَ صَدَقَ دِيَانَةُ الْآخَرِ عَبْدٌ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةُ عَتَقٍ ؛ وَلَوْ قَالَ لِعَبْدِيهِ : أَحَدُكُمَا حُرٌّ ، فَقِيلَ لَهُ أَيُّهُمَا نَوَيْتَ ؟ فَقَالَ لَمْ أَعْنِ هَذَا عَتَقَ الْآخَرَ

(١) وَصُورَتُهُ : أَنْ تَمُوتَ امْرَأَةٌ وَلَهَا عَبْدٌ هُوَ ابْنُ زَوْجِهَا وَيَرِثُهَا أَخُوهَا وَزَوْجُهَا ، هَكَذَا ذَكَرَهُ الشُّعْنِيُّ ، وَجَدَ هَذَا بِهَامِشِ نَسْخَةِ خَطِيَّةٍ .

وَلَوْ قَالَ لِأَمْتَيْهِ : إِحْدَاكُمَا حُرَّةٌ ثُمَّ وَطِئَ إِحْدَاهُمَا لَا تَعْتِقُ الْآخَرَى (سم)
وَلَوْ شَهِدَا أَنَّهُ أَعْتَقَ أَحَدَ عَبْدَيْهِ أَوْ إِحْدَى أَمْتَيْهِ فَهِيَ بَاطِلَةٌ (سم) .

فإن قال بعد ذلك : لم أعن هذا عتق الأول أيضا ؛ وكذلك طلاق إحدى المرأتين ، بخلاف ما إذا قال لأحد هذين على ألف ، فقليل له هو هذا ؟ فقال لا ، لا يجب للآخر شيء ، والفرق أن التعيين واجب عليه في الطلاق والعتاق ، فإذا نفاه عن أحدهما تعين الآخر إقامة للواجب ؛ أما الإقرار لا يجب عليه البيان فيه ، لأن الإقرار للمجهول لا يلزم حتى لا يجبر عليه ، فلم يكن نفي أحدهما تعيينا للآخر ، ولو أعتق أحدهما في الصحة ثم بين في المرض يعتق من جميع المال لأنه أنشأ عتقا مستحقا عليه فيعتبر من جميع المال كالكفارة . ولو مات قبل البيان عتق من كل واحد نصفه لعدم الأولوية ، ولا يقوم الوارث مقامه في البيان (ولو قال لأمتيه : إحداهما حرّة ثم وطئ إحداهما لا تعتق الأخرى) وقال : تعتق لأن الوطء لا يحل إلا في الملك ، وإحداهما حرّة فكان بالوطء مستقبيا للملك في الموطوءة فتتبع الأخرى كما في طلاق إحدى المرأتين . ولأبي حنيفة أن الإيقاع في المنكرة والوطء في المعينة وهما متغايران فلا يجعل بيانا ؛ ثم قيل العتق غير نازل قبل البيان لتعلقه به ، ولهذا يملك المولى كسبهما وعقرهما وأرشهما ، ويحل له وطؤهما عنده ولا يفتى به . وينزل العتق في إحداهما عند البيان ، وما دام الخيار للمولى فيهما فهما كأمتين . وقيل إنه نازل في المنكرة وإنما يظهر في حقّ حكم يقبله والوطء يقع في المعينة فلا تتعين الأخرى ، بخلاف الطلاق ، لأن المقصود الأصلي من النكاح الولد ، فبالوطء قصد الولد ، فدلّ على استبقاء الملك في الموطوءة صيانة للولد ، والمقصود من الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فلا يدلّ على الاستبقاء ، ولو وطئ وطئا معلقا (١) فهو بيان ، ولو استخدم طوعا أو كرها لا يكون بيانا بالإجماع (ولو شهدا أنه أعتق أحد عبديه أو إحدى أمتيه فهي باطلة) وقال : تقبل ويجبر على إيقاعه على أحدهما ، وفي طلاق إحدى امرأتيه تقبل بالإجماع ، ويجبر على أن يطلق إحداهما ، وهذا بناء على أن دعوى العبد شرط لقبول الشهادة على عتقه عنده خلافا لهما ، ولا يشترط دعوى الأمة والمرأة لقبول الشهادة على حرّيتها وطلاقها بالإجماع . لهما أن هذه شهادة تعلق بها حقّ الله تعالى ، لأن حقوق الله تعالى تتعلق بالحرية من أداء الجمعة والحجّ والزكاة وغير ذلك ، فلا يشترط لها الدعوى كالأمة والحرّة ، وله أنها شهادة قامت على حقوق العباد فيشترط لها الدعوى كسائر حقوقهم ، وهذا لأن معظم المقصود من العتق ونفعه يقع للعبد لأنه يتأهل به للولايات والقضاء والشهادات ، ويرتفع عنه بذلك ذل الملكية ويصير مالكا إلى غير ذلك من المنافع ، بخلاف الأمة والزوجة فإنه يتضمن تحريم الفرج

(١) قوله معلقا ، من العلوق ، وهو الحبل .

باب التدبير

وَإِذَا قَالَ لِعَبْدِهِ : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِيتِي ، أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي ، أَوْ عِنْدَ مَوْتِي ، أَوْ فِي مَوْتِي ، أَوْ أَوْصَيْتُ لَكَ بِنَفْسِكَ أَوْ بِرَقَبَتِكَ ، أَوْ بِثُلُثِ مَالِي ، فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا ،

وأنه حقّ الله تعالى حتى لو لم يتضمن تحريم الفرج لايقبل بأن كانت الشهادة على عتق إحدى الأمتين بغير عينها فافترقا ، فإذا كانت الدعوى شرطا لقبول الشهادة عنده وهذا الشرط لم يوجد هنا لاتقبل ، لأن المشهود له مجهول والدعوى من المجهول لاتتحقق ، ولما لم تكن شرطا عندهما قبلت الشهادة من غير دعوى فيجبره القاضي على التعيين . وأما الشهادة على عتق إحدى الأمتين فلأن الدعوى وإن لم تكن شرطا في عتق الأمة فإنما لم تقبل لأنها لاتقتضى تحريم الفرج فصارت كالشهادة على أحد العبدین ، وهذا إذا شهد عليه في صحته ؛ أما إذا شهد أنه أعتق أحد عبديه في مرض موته أو دبره وأدّيا الشهادة في مرضه أو بعد موته قبلت استحسانا ، لأن العتق في المرض وصية ، وكذلك التدبير وصية والخصم معلوم ، لأن العتق يشيع بالموت فيهما فصار كل واحد منهما متعينا .

باب التدبير

وهو العتق الواقع عن دبر الإنسان : أى بعده ، وهو مأخوذ منه ؛ وحقيقته أن يعلق عتق مملوكه بموته على الإطلاق . والأصل في جوازه أنه عتق معلق بشرط فصار كالمعلق بدخول الدار ، ولأنه وصية للعبد برقبته فصار كغيره من الوصايا ، وهو إيجاب العتق للحال ، وتأخير ثبوته إلى ما بعد الموت ، لأن ثبوته بعد الموت يستدعى إعتاقا ، والميت ليس أهلا له ، فلا بدّ من أن ينعقد التدبير سببا للحرية في الحال ليستفاد منه الحرية في المآل بخلاف المدبر المقيد لأنه ينعقد سببا للحرية في آخر جزء من أجزاء حياته ؛ لأن عتقه معلق بموت موصوف بصفة وأنه مشكوك فيه فلا يفضى إلى الموت قطعاً فتعدّر اعتباره سببا . أما الموت المطلق كائن لامحالة فكان مفضيا إلى الموت فأمكن اعتباره سببا للحال . قال (وإذا قال لعبده : إِذَا مِتُّ فَأَنْتَ حُرٌّ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِيتِي ، أَوْ أَنْتَ مُدَبَّرٌ ، أَوْ قَدْ دَبَّرْتُكَ ، أَوْ أَنْتَ حُرٌّ مَعَ مَوْتِي ، أَوْ عِنْدَ مَوْتِي ، أَوْ فِي مَوْتِي ، أَوْ أَوْصَيْتُ لَكَ بِنَفْسِكَ ، أَوْ بِرَقَبَتِكَ ، أَوْ بِثُلُثِ مَالِي ، فَقَدْ صَارَ مُدَبَّرًا) أما لفظ التدبير فهو صريح فيه كلفظ العتق في الإعتاق ؛ وأما تعليق الحرية بالموت فلأنه معنى التدبير ؛ وأما مع موتي فلأنها للقران والشروط لا بدّ من تقديمها ، فكأنه قال : بعد موتي وأنه تدبير ، وعند موتي تعليق

وَتَجُوزُ كِتَابَتُهُ ؛ وَإِذَا وَلَدَتْ الْمُدَبَّرَةُ مِنْ مَوْلَاهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ وَسَقَطَ عَنْهَا التَّدْبِيرُ وَلَا تَسْعَى فِي شَيْءٍ أَصْلًا ، وَلَهُ اسْتِخْدَامُهَا وَإِجَارَتُهَا وَوَطْئُهَا ،

العتق بالموت ، ولا بدّ من وجوده أولاً وفي موتى ، لأن حرف الظرف إذا دخل على الفعل جعله شرطاً ، وكذلك إذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لأن المعنى واحد . وأما الوصية بالرقبة ونحوها فلأن العبد لا يملك رقبة نفسه ، والوصية تقتضى زوال ملك الموصى وانتقاله إلى الموصى له ، وأنه في حقّ العبد حرّية مثل قوله : بعت نفسك منك ، أو وهبتها لك . وأما الوصية بالثلث ونحوه فلأنه يقتضى ملكه ثلث جميع ماله ورقبته من ماله فيملكها فيعتق ، وكذلك بسم من ماله لأنه عبارة عن السدس ؛ ولو قال : يجزء من ماله لا يكون تدبيراً ، لأنه عبارة عن جزء مبهم والتعيين إلى الورثة فلا تكون رقبته داخلة في الوصية لاحتمال . وروى الحسن عن أبي حنيفة إذا قال : إذا متّ دفنت أو غسلت أو كنت فأنّت حرّاً ليس بتدبير لأنه علق العتق بالموت وبمعنى آخر ، والقياس أن لا يعتق بالموت ، لأن التدبير تعليق بالموت على الإطلاق وهذا تعليق بالموت ، ومعنى آخر فصار كما إذا قال : إذا متّ ودخلت الدار ، لكن استحسن أن يعتق من الثلث لأنه علق العتق بالموت وبصفة . توجد عند الموت قبل استقرار ملك الورثة ، فصار كما إذا علقه بالموت بصفة ، بخلاف دخول الدار ، لأنه لا تعلق له بالموت فصارت يمينا فتبطل بالموت كسائر الأيمان ، وفي اختلاف زفر ويعقوب إذا قال : أنت حرّ إن متّ أو قتلت . قال أبو يوسف : ليس بمدير . وقال زفر : هو مدير لأنه علقه بالموت لاحتمال . ولأبي يوسف أنه علق العتق بأحد أمرين فصار كقوله : إن متّ أو مات زيد ، وإذا صحّ التدبير لا يجوز له إخراجه عن ملكه إلا بالعتق ، لقوله عليه الصلاة والسلام « المدير لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حرّ من الثلث » ولأنه سبب للحرّية في الحال على ما بينا ، وأنه كائن لاحتمال ، وفي الهبة والبيع إبطاله فلا يجوز ، ولأنه أوجب ، له حقاً في الحرّية فيمنع البيع كالكتابة والاستيلاء ، وإذا ثبت هذا فنقول : كلّ تصرف يجوز أن يقع في الحرّ يجوز في المدير كالاستخدام والإجارة والوطء ، لأن حقّ الحرّية لا يكون أكثر من الحرّية ، وكلّ تصرف لا يجوز في الحرّ لا يجوز في المدير إلا الكتابة على ما نبينه كالبيع والهبة والرهن . أما البيع والهبة فلما بينا ؛ وأما الرهن فلأنّ المقصود منه الاستيفاء ، وما لا يجوز بيعه لا يمكن الاستيفاء منه . قال (وتجاوز كتابته) لأنها تعجيل الحرّية المؤجلة ، وله ذلك كما لو نجز العتق (وإذا ولدت المدبرة من مولاه صارت أمّ ولد له وسقط عنها التدبير) لأنه خير لها فانه زيادة وصف وتأكيد ، لأنه تثبت به الحرّية بعد الموت بالإجماع (ولا تسعى في شيء أصلاً ، وله استخدامها وإجارتها ووطؤها) لأن ملكه ثابت فيها فتنفذ هذه التصرفات ولما بيناه آنفاً

وَكَسَبُهَا وَأَرْشُهَا لِلْمَوْلَى ؛ وَإِذَا مَاتَ الْمَوْلَى عَتَقَ مِنْ ثُلُثِ مَالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ فَيَحْسَابُهُ ؛ وَإِنْ كَانَ عَلَى الْمَوْلَى دَيْنٌ سَعَى فِي كُلِّ قِيمَتِهِ ؛ وَلَوْ دَبَّرَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ وَضَمِنَ نِصْفَ شَرِيكِهِ ثُمَّ مَاتَ عَتَقَ نِصْفَهُ (سَم) بِالتَّدْبِيرِ وَسَعَى فِي نِصْفِهِ ؛ وَإِنْ قَالَ لَهُ : إِنْ مِتَّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، أَوْ إِنْ مِتُّ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيْقٌ يَجُوزُ بَيْعُهُ ، فَإِنْ مَاتَ عَلَى تِلْكَ الصِّفَةِ عَتَقَ .

باب الاستيلاد

(وكسبها وأرشها للمولى) لأنها باقية على ملكه ، وإنما تستحق الحرية عند وجود الشرط وقبله هي كالأمة ، وللمولى تزويجها بغير رضاها لأنه يملك منافع بضعها ، ويملك وطأها وذلك جائز في الحرية أيضا ، وولد المدبرة مدبر بإجماع الصحابة ، ولأنه وصف لازم فيها فيتبعها فيه كالكتابة . قال (وإذا مات المولى عتق من ثلث ماله) لما روينا من الحديث ، ولأنه علق عتقه بالموت فكان وصية ، والوصية تعتبر من الثلث (فإن لم يخرج) من الثلث (فبحسابه) معناه : يحسب ثلث ماله فيعتق منه بقدره ويسعى في باقيه (وإن كان على المولى دين سعى في كل قيمته) لما بينا أنه وصية والدين مقدم على الوصية ، والمراد دين يحيط بالتركة ، والحرية لا يمكن ردّها فوجب عليه السعاية رعاية للجانبين . قال (ولو دبر أحد الشريكين وضمن نصف شريكه ثم مات عتق نصفه بالتدبير وسعى في نصفه) لأن نصفه على ملكه عنده من غير تدبير ، وعندهما يعتق جميعه بالتدبير ، لأن تدبير بعضه تدبير الجميع وهو فرع تجزئ الإعتاق (وإن قال له : إِنْ مِتَّ مِنْ مَرَضِي هَذَا أَوْ فِي سَفَرِي هَذَا ، أَوْ إِنْ مِتُّ إِلَى عِشْرِينَ سَنَةً فَهُوَ تَعْلِيْقٌ) وهو التدبير المقيد (يجوز بيعه) لما بينا أنه ليس بسبب للحال فلا يكون البيع والتصرفات لإبطالاً للسبب ، ولأنه لم يستحق حق الحرية لاحالة ف يكون البيع لإبطالاً لحق الحرية فيجوز بخلاف المدبر المطلق (فإن مات على تِلْكَ الصِّفَةِ عَتَقَ) لوجود الشرط من الثلث لما بينا . وذكر أبو الليث في النوازل ، والحال في المتقّى لو قال لعهده : إِنْ مِتَّ إِلَى مِائَتِي سَنَةً فَأَنْتَ حُرٌّ ، فهو مدبر مقيد ، وهو قول أبي يوسف فيجوز بيعه . وقال الحسن بن زياد : هو مدبر مطلق لا يجوز بيعه ، والمختار أنّ متى ذكر مدة لا يعيش إليها غالباً فهو مدبر مطلق لأنه كالكائن لاحالة .

باب الاستيلاد

وهو في اللغة : طلب الولد مطلقاً ، فان الاستفعال طلب الفعل . وفي الشرع : طلب الولد من الأمة ، وكل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو لبعضها فهي أم ولد له

لَا يَثْبُتُ نَسَبٌ وَلَدِ الْأُمَّةِ مِنْ مَوْلَاهَا إِلَّا بِدَعْوَاهُ ، فَإِذَا اعْتَرَفَ بِهِ صَارَتْ أُمٌّ وَلَدِهِ ، فَإِذَا وَلَدَتْ مِنْهُ بَعْدَ ذَلِكَ ثَبَتَ بِغَيْرِ دَعْوَةٍ . وَيَنْتَفِي بِمَجْرَدِ نَفْيِهِ بِغَيْرِ لِعَانٍ ،

لأن الاستيلاء فرع لثبوت الولد ، فإذا ثبت الأصل ثبت فرعه . قال (لا يثبت نسب ولد الأمة من مولاهما إلا بدعواه) لأنه لا فراش لها ، فإن غالب المقصود من وطء الأمة قضاء الشهوة دون الولد ، فإن أشراف الناس يمتنعون من وطء الإماء تحريزا عن الولد لئلا يعبر ولده بكونه ولد أمة ، فيشترط لثبوته دعواه لهذا المعنى ، ولهذا جاز له العزل في الأمة دون الزوجة ، لأن المراد من وطء الزوجة طلب الولد غالبا ، قال عليه الصلاة والسلام « تناكحوا تكثروا » إشارة إلى أن المراد من شرعية النكاح التوالد والتناسل ، ثم إن كان يطؤها ولا يعزل عنها لا يخل له نفيه فيما بينه وبين الله تعالى ، ويلزمه أن يعترف به لأن الظاهر أنه منه ، وإن كان يعزل عنها ولم يحصنها جاز له النفي لتعارض الظاهرين وقال أبو يوسف : إن كان يطؤها ولم يحصنها أحب إلى أن يدعيه . وقال محمد : أحب إلى أن يعتق ولدها ويستمتع بها فإذا مات أعتقها . لأبي يوسف أنه يجوز أن يكون منه فلا ينفيه بالشك . ولمحمد أنه يجوز أن يكون منه ويجوز أن لا يكون منه فلا يجوز التزامه بالشك ، أما العتق فيحتمل أن يكون عبدا ويحتمل أن يكون حرا فلا يستره بالشك ، ويستمتع بالأم لأنه مباح له وإن ثبت نسبه ، فإذا مات أعتقها حتى لا تسرق بالشك (فإذا اعترف به صارت أمٌ ولده ، فإذا ولدت منه بعد ذلك ثبت بغير دعوة) لأنه لما ادعى الأول وثبت نسبه تبين أنه قصد الولد فصارت فراشا فيثبت بغير دعوة كالنكوحه (وينتفي بمجرد نفيه بغير لعان) لأن فراشا ضعيف حتى يقدر على إبطاله بالتزويج وبالعتق فينفرد بنفيه ، بخلاف النكاح فإن فراشه قوى لا يملك إبطاله فلا ينتفى ولده إلا باللعان ، ولو أقر أن أمته حبل منه ثم جاءت بولد لستة أشهر ثبت نسبه منه وصارت أمٌ ولده ، ولأكثر من ستة أشهر لا . وسواء كان الولد حيا أو ميتا أو سقطا قد استبان خلقه أو بعض خلقه إذا أقر به وهو بمنزلة الكل لأن السقط تتعلق به أحكام الولادة على ما مر ، وإن لم يستبين شيء من خلقه وألقته مضغة أو علقه فادعاه لم تصر أمٌ ولده ، رواه الحسن عن أبي حنيفة لأنه يحتمل أن يكون دما أو لحما فلا يثبت الاستيلاء بالشك ، ولو حرم وطؤها عليه بعد ذلك بوطء أبيه أو ابنه ، أو بوطئه أمها أو بنتها لم يثبت نسب ما تلده بعد ذلك إلا بالدعوة لأن فراشا انقطع ، وإذا ولدت الأمة من رجل ولدا لم يثبت نسبه منه بأن زنى بها ثم ملكها وولدها عتق الولد وجاز له بيع الأم . وقال زفر : لا يجوز لأن الحرية تثبت للولد بالولادة فيثبت لأمه الاستيلاء كالثابت النسب . ولنا أن الاستيلاء يتبع النسب ولهذا يضاف إليه ،

ولا يجوز إخراجها من ملكه إلا بالعتق ، ولله وطؤها واستخدمها وإجارتها وكتابتها ، وتعتق بعد موته من جميع المال ، ولا تسعى في ديونه ؛ وحكم ولدها من غيره بعد الاستيلاء حكمها ، وإذا أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة (ز) ،

فيقال أم ولده ، وهو الذي يثبت لها الحرية ، قال عليه الصلاة والسلام « أعتقها ولدها » ولم يثبت النسب فلا يثبت التبعية . وأما حرية الولد فلأنها تثبت بحكم الجزية ، وصار كما لو أعتقه بالعتق . قال (ولا يجوز إخراجها من ملكه إلا بالعتق) فلا يجوز بيعها ولا هبتها ولا تملكها بوجه مآ . والأصل في ذلك ما روى محمد بن الحسن بإسناده « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعتق أمهات الأولاد من جميع المال ، وقال : لا يعرن ولا يبعن » وعن عمر رضي الله عنه أنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم : ألا إن بيع أمهات الأولاد حرام ، ولا رق عليها بعد موت مولاهما ، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فحل محل الإجماع . وعن ابن عباس أن النبي عليه الصلاة والسلام قال حين ولدت أم إبراهيم « أعتقها ولدها » . وعن سعيد بن المسيب « أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بعتق أمهات الأولاد ، ولا يسعين في الدين ، ولا يجعلن من الثلث » . وروى عبيدة السلماني قال : قال علي بن أبي طالب : اجتمع رأيي ورأي عمر في نفر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم على عتق أمهات الأولاد ، ثم رأيت بعد أن يبعن في الدين ، فقال عبيدة السلماني : رأيك ورأي عمر في جماعة أحب إلينا من رأيك في الفرقة ، قال علي رضي الله عنه : إن السلماني لفيقه ، ورجع عن ذلك . قال (وله وطؤها واستخدامها وإجارتها وكتابتها) لأن الملك قائم فيها كالمديرة ، فإن كل واحد منهما عتق معلق بالموت ، والكتابة تعجيل العتق على ما بيناه في المدبر ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام لم يفارق مارية بعد ما ولدت . قال (وتعتق بعد موته من جميع المال ، ولا تسعى في ديونه) لما تقدم من الأحاديث (وحكم ولدها من غيره بعد الاستيلاء حكمها) لما تقدم أن الحكم المستقر في الأم يسرى إلى الولد . قال (وإذا أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها وهي كالمكاتبة) لا تعتق حتى تؤدى . وقال زفر : تعتق للحال والسعاية دين عليها ، لأن زوال رقه عنها واجب بالإسلام إما بالبيع أو بالإعتاق ، وقد تعذر البيع بالاستيلاء فتعين العتق . ولنا أن ما قلناه نظر لهما ، لأن ذل الرق يندفع عنها يجعلها مكاتبة لأنها تصبح حرة يدا ، ويندفع الضرر عن الذي فتسعى في الأداء لتنال الحرية ، ولو قلنا بعتقها في الحال وهي معسرة تتوانى عن الاكتساب والأداء إلى الذي فيتضرر ، وهي وإن لم تكن متقومة فهي محترمة وهو مكفي للضمان ، كما إذا عفا أحد الشركاء عن القصاص يجب المال للباقي ، وهذا إنما يجب

وَلَوْ مَاتَ سَيِّدُهَا عَتَقَتْ بِهَا سَعَايَةَ ؛ وَلَوْ تَزَوَّجَ أُمَّةٌ غَيْرَهُ فَجَاءَتْ بِوَلَدٍ
ثُمَّ مَلَكَهَا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ ؛ وَلَوْ وَطِئَ جَارِيَّةُ ابْنِهِ فَوَلَدَتْ وَادَّعَاهُ ثَبَّتَ
نَسَبُهُ وَصَارَتْ أُمٌّ وَلَدَ لَهُ وَعَلَيْهِ قِيمَتُهَا دُونَ عَقْرِهَا وَقِيمَةُ وَلَدِهَا ،
وَالْجَدُّ كَالْأَبِ عِنْدَ انْقِطَاعِ وِلَايَتِهِ .
جَارِيَّةٌ بَيْنَ اثْنَيْنِ وَلَدَتْ فَادَّعَاهُ أَحَدُهُمَا ثَبَّتَ نَسَبُهُ ،

عليها إذا عرض عليه الإسلام فأبى حتى يجب زوال ملكه عنها ؛ أما إذا أسلم فهي أمٌ ولده
على حالها كما قلنا في النكاح (ولو مات سيدها عتقت بلا سعاية) لأنها أمٌ ولد . قال (ولو
تزوج أمة غيره فجاءت بولد ثم ملكها صارت أمٌ ولد له) وكذا لو استولدها بملك يمين
ثم استحقت ثم عادت إلى ملكه فهي أمٌ ولد له ، لأن نسب الولد ثابت منه فثبت أمية
الولد لأنها تتبعه على ما مر ، ولأن الاستيلاء حرية تتعلق بثبوت النسب ، فإذا جاز أن
يثبت النسب في غير الملك جاز أن يثبت ما يتعلق به أيضا تبعا له ، بخلاف ما إذا ولدت منه
من زنا على ما بينا . قال (ولو وطئ جارية ابنه فولدت وادَّعاه ثبت نسبه وصارت أمٌ
ولد له . وعليه قيمتها دون عقرها وقيمة ولدها) لأن للأب أن يملك مال ابنه للحاجة إلى
البقاء للمأكل والمشرب . فله أن يملك جاريته للحاجة إلى صيانة مائه وبقاء نسله ، لأن
كفاية الأب على ابنه لما مر في النفقات ، إلا أن حاجته إلى صيانة مائه وبقاء نسله دون
حاجته إلى بقاء نفسه . فلهذا قلنا يملك الجارية بقيمتها ، والطعام بغير قيمة ، ويثبت له
هذا الملك قبيل الاستيلاء ليثبت الاستيلاء ، ولأن المصحح للاستيلاء إما حقيقة الملك
أو حتمه . ولا بد من ثبوته قبل العلوق ليلاقى ملكه فيصح الاستيلاء ، وإذا صح في ملكه
لا عقر عليه ولا قيمة الولد لما أن العلوق حدث على ملكه ؛ ولو أن الابن زوجها من الأب
فولدت منه لم تصر أمٌ ولد لأن ماءه صار مصنونا بالنكاح فلا حاجة إلى الملك ولا قيمة
عليه لأنه لم يملكها . وعليه المهر لأنه التزمه بالنكاح وولدها حرٌ لأنه ملكه أخوه فيعتق
عليه لما بيناه . وأصله أن هذا النكاح صحيح لأنه لا ملك للأب فيها ، لأن الابن
يملك فيها جميع التصرفات وطئا وبيعا وإجارة وعتقا وكتابة وغير ذلك ، والأب لا يملك
شيئا من ذلك . وأنه دليل انتفاء ملك الأب وعدم وجوب الحد على الأب بوطئها للشبهة ،
وإذا انتفى ملك الأب جاز نكاحه كما إذا تزوج الابن جارية الأب . قال (والجد كالأب
عند انقطاع وِلَايَتِهِ) لأنه يقوم مقامه مع وِلَايَتِهِ لاولاية للجد . والولاية تقطع بالكفر
والرق والردة والحق والموت . قال (جارية بين اثنين ولدت فادَّعاه أحدهما ثبت
نسبه) لأنه لما ثبت النسب في نصفه لمصادفته ما كنه ثبت في الباقي لأنه لا يتجزى ، لأن
سببه وهو العلوق لا يتجزى . فان الولد الفرد لا يتعلق من ماء رجلين وصارت أمٌ ولد له

وَعَلَيْهِ نِصْفُ قِيَمَتِهَا وَنِصْفُ عَقْرِهَا وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ مِنْ قِيَمَةِ وَلَدِهَا ، وَإِنْ ادَّعَاهُ مَعًا صَارَتْ أُمٌّ وَلَدَهُمَا وَيَثْبُتُ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ، وَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نِصْفُ عَقْرِهَا ، وَيَرِثُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَابْنٌ ، وَيَرِثَانِ مِنْهُ كَأَبٍ وَاحِدٍ .

وهذا عندهما ظاهر ، لأن الاستيلاد لا يتجزى ، وأما عنده فنصيبه يصير أمّ ولد ويتملك نصيب صاحبه لأنه قابل للملك فيكمل له فيصير الكلّ أمّ ولد (وعليه نصف قيمتها) لأنه تملكه (و) عليه (نصف عقرها) لوطئه جارية مشتركة لأن الملك يتعقب الاستيلاد حكما له (ولا شيء عليه من قيمة ولدها) لأن النسب يثبت مستندا إلى وقت العلوق ولم يتعلق شيء منه على ملك شريكه . قال (وإن ادَّعياه معا صارت أمّ ولد لهما) لصحة دعوى كلّ واحد منهما في نصيبه في الولد ، والاستيلاد يتبع الولد (ويثبت نسبه منهما) لما روى أن عمر رضي الله عنه كتب إلى شريح في هذه الحادثة : لبسا فابلس عايهما ، ولو بينا ليين لهما ، هو ابنيهما يرثهما ويرثانه ، وهو للباقي منهما ، وذلك بمخضر من الصحابة من غير تكبير فكان إجماعا ، ومثله عن عليّ رضي الله عنه أيضا ، ولأنهما مستويان في سبب الاستحقاق وهو الملك فيستويان في الاستحقاق . وما روى من حديث المدجلي وأسماء بن زيد وفرح النبيّ عليه الصلاة والسلام . قلنا : لم يثبت ذلك عنده عاياه الصلاة والسلام بقول القائف ، فإنه عليه الصلاة والسلام كان يعلم ذلك ولكن المشركون كانوا يطعنون في نسب أسماء ، فكان قول القائف قاطعا لظنهم ، لأنهم كانوا يعتقدونه في الجاهلية لأنه حكم شرعي ، فلذلك فرح النبيّ صلى الله عليه وسلم ، وأما كون النسب لا يتجزأ فتعلق به أجكام متجزئة ، فلا لا يتجزأ يثبت في حقّ كلّ واحد منهما كمالا ، وما يقبله يثبت في حقهما متجزئا عملا بالدلائل بقدر الإمكان (وعلى كلّ واحد منهما نصف عقرها) ويسقط قصاصا بماله على الآخر ، إذ لافائدة في قبضه وإعطائه (ويرث من كلّ واحد منهما كابن) لأنه لما أقرّ أنه ابنه فقد أقرّ له بميراث ابن (ويرثان منه كأب واحد) لاستوائهما في الاستحقاق كما إذا أقاما البيئة ، فإن كانت الجارية بين أب وابن فهو للأب ترجيحا لجانبه لما له من الحقّ في نصيب الابن كما تقدّم ، وإن كانت بين مسلم وذمي فهو للمسلم ترجيحا للإسلام . وقال زفر : هما سواء في المسألتين لاستوائهما في الملك الموجب . قلنا دعوة الأب راجحة بدليل أنه لو ادّعى نسب ولد جارية الابن يصحّ وبالعكس لا ، والمسلم راجح بالإسلام ولأنه أنفع للصغير .

كتاب المكاتب

وَمَنْ كَاتَبَ عَبْدَهُ عَلَى مَالٍ فَقَبِلَ صَارَ مَكَاتِبًا ، وَالصَّغِيرُ الَّذِي يَعْقِلُ كَالْكَبِيرِ ، وَسَوَاءُ شَرْطُهُ حَالًا أَوْ مُؤَجَّلًا أَوْ مُنْجَمًا ، وَإِذَا صَحَّتِ الْكِتَابَةُ يَخْرُجُ عَنْ يَدِ الْمَوْلَى دُونِ مِلْكِهِ .

كتاب المكاتب

الكتابة مستحبة مندوبة ، قال تعالى - فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا - والمراد النذب ، لأن الإيجاب غير مراد بالإجماع ، ولو حملناه على الجواز يلزم ترك العمل بالشرط لأنها جائزة بدونه بالإجماع . وقوله - إن علمتم فيهم خيرا - خرج مخرج العادة ، أو نقول : إن لم يعلم فيه خيرا فالأفضل أن لا يكتابه . ولما فيها من السعي في حصول الحرية ومصلحتها ، وهي مشروعة بما تلونا من الكتاب والسنة . وهو قوله عليه الصلاة والسلام « من كاتب عبدا على مائة أوقية فأدّاها كلها إلا عشرة أواق فهو عبده » قال عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما بقى عليه درهم » وعلى جوازها الإجماع .

قال (ومن كاتب عبده على مال فقبل صار مكاتباً) أما الجواز فلما بينا . وأما شرط القبول فلائنه مال يلزمه فلا بدّ من التزامه وذلك بالقبول ، ولا يعتق إلا بأداء جميع البدل لما رويناه من الحديث . فاذا أدّاه عتق . وإن لم يقل له المولى إن أدّيته فأنت حرّ لأنه موجب العقد فيثبت من غير شرط كما في البيع (والصغير الذي يعقل كالكبير) وه فربعة الإذن للصبي العاقل قال (وسواء شرطه حالا أو مؤجلا أو منجما) لإطلاق النصوص وقيد التأجيل زيادة على النصّ فيردّ كما في سائر المعاوزات ؛ بخلاف السلم لأن الم فيه معقود عليه وهو بيع المفايس على ما بيناه في السلم . فلا بدّ من زمان يقدر على تحصيله . أما هنا البدل معقود به فلا يشترط قدرته عليه كالثمن في البيع إذا كان المشتري مفلسا أو أفلس بعد الشراء . ويجوز أن يقتضى البدل ويوفيه في الحال ؛ أما المسلم فيه أو قدر عليه بأن كان له أو اقترضه لما باعه بأوكس الثمن ولباعه فيمن يزيد بقيمة الوقت ، وإذا كتبه حالا فكما امتنع من الأداء يردّ في الرقّ لأنه عجز ، وعجز المكاتب يوجب ردّه إلى الرقّ . قال (وإذا صحت الكتابة يخرج عن يد المولى دون ملكه) حتى يصير أحقّ بمنافعه وأكسابه . لأن المطلوب من الكتابة وصول المولى إلى البدل ووصول العبد إلى الحرية بأداء بدنها . ولا يتحقق ذلك إلا بفكّ الحجر عنه وثبوت حرية اليد حتى يتجر ويكتسب ويؤدّي البدل . فإذا أدّى عتق هو وأولاده بعتمه وخارج عن ملك المولى أيضا

وَلَاذَا أَتْلَفَ الْمَوْلَى مَالَهُ غَرِمَهُ ، وَإِنْ وَطِئَ الْمُكَاتَبَةَ فَعَلَيْهِ عَقْرُهَا ، وَلَوْ جَنَى عَلَيْهَا أَوْ عَلَى وَلَدِهَا لَزِمَهُ الْأَرْضُ ؛ وَإِنْ أَعْتَقَ الْمَوْلَى الْمُكَاتَبَ نَفَذَ عَتَقَهُ وَسَقَطَ عَنْهُ مَالُ الْكِتَابَةِ ، وَهُوَ كَالْمَأْذُونِ فِي جَمِيعِ التَّصَرُّفَاتِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ بِمَنْعِ الْمَوْلَى ، وَلَهُ أَنْ يُسَافِرَ وَيُزَوِّجَ الْأُمَّةَ وَيُكَاتِبَ عَبْدَهُ ، فَإِنْ أَدَّى قَبْلَهُ فَوَلَاؤُهُ لِلْمَوْلَى ،

عملاً بمقتضى العقد كما مرّ . قال (وإذا أتلّف المولى ماله غرمه) لما بينا أن أكسابه له ، فيكون المولى فيها كالأجنبي ، ولأنه لو لم يضمّنه لتسلط على إتلافه فلا يقدر على أداء الكتابة فلا يحصل المقصود بالعقد (وإن وطئ المكاتبه فعليه عقرها) لأنه من أجزائها وهى أخصّ بها تحقيقاً للمقصود وهو وصولها إلى الأداء ، ولهذا لو وطئت بشبهة أو جنى عليها كان عقرها وأرض الجناية لها . قال (ولو جنى عليها أو على ولدها لزمه الأرض) لما بينا قال (وإن أعتق المولى المكاتب نفذ عتقه) لبقائه على ملكه رقبة (وسقط عنه مال الكتابة) لحصول المقصود بدونه وهو العتق ، وكذلك لو أبرأه عن البدل أو وهبه منه فإنه يعتق قبل أو لم يقبل لأنه أتى بمعنى العتق وهو إبرأؤه من البدل وإسقاطه عنه ، إلا أنه إذا قال لأقبل عتق وبقي البدل دينا عليه لأن هبة الدين ترتدّ بالردّ والعتق لا . قال (وهو كالمأذون جميع التصرفات) ويمنع من التبرّعات إلا ما جرت به العادة كما عرف ثم ، لأن مقتضاها طلاق تصرفه في التجارات للاكتساب كالمأذون (إلا أنه لا يمتنع بمنع المولى) لأن ذلك يؤدّى إلى فسخ الكتابة ، والمولى لا يملك فسخ الكتابة لأنه من جانبه تعليق العتق فلا يملك فسخه والرجوع عنه . قال (وله أن يسافر) لأنه من باب التجارة والاكتساب ، وإن شرط المولى أن لا يخرج من بلده فله السفر استحساناً لأنه شرط يخالف موجب العقد ، وهو حرية اليد والتفرد بالتصرف فيطل ، إلا أنه لا يفسد العقد لأنه لم يتمكن في صلبه ، ومثله لا يفسد الكتابة (ويزوج الأمة) لأنه من الاكتساب فإنه يوجب لها النفقة والمهر ، بخلاف العبد فإنه يوجبها في رقبته قال (ويكاتب عبده) لأنه من أنواع الاكتساب فصار كالبيع بل هو أنفع لأنه لا يزول ملكه عنه إلا بعد وصول البدل إليه ، وفي البيع يزول الملك بالعقد ؛ والقياس أنه لا يجوز لأن مآله إلى العتق فصار كالإعتاق على مال ، وجوابه ما قلنا ، بخلاف العتق على مال ، فإنه بالعتق يخرج عن ملكه ، وقد لا يصل إلى البدل لإفلاس العبد وعجزه عن الاكتساب ، ولأنه يوجب للمعتق أكثر ما وجب له ، والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ، بخلاف الكتابة فإنه يثبت للثاني مثل ما ثبت له وفيه احتياط . قال (فإن أدّى قبله فولاؤه للمولى) معناه : إذا أدّى المكاتب الثاني قبل الأول ، لأن للمولى فيه نوع ملك فيصح إضافة الإعتاق إليه لأنه مسبب عند تعذّر إتيانها إلى المباشر كالوكيل ،

وإن أدّى الأول قبله فولأوه له ، وإن ولد له من أمته ولد فحكمه كحكمه وكسبه له ، وكذلك ولد المكاتبه معها . ولو زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت دخل في كتابة الأم ، وإن ولدت من مولاهما إن شاءت مضت على الكتابة ، وإن شاءت صارت أم ولد له وعجزت نفسها ، وإن كاتب أم ولد له جاز ، فإذا مات سقط عنها مال الكتابة ، وإن كانت مدبرة جاز ، فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة (سم) .

فإذا أدّى الأول بعد ذلك وعق لم ينتقل إليه الولاء ، لأن المولى جعل معتقا بسبب صحيح فلا ينتقل عنه (وإن أدّى الأول قبله فولأوه له) لأنه إذا أدّى الأول عتق وصار أهلا فيضاف إليه لأنه الأصل . قال (وإن ولد له من أمته ولد فحكمه كحكمه وكسبه له) لأنه لو كان حرا عتق عليه ، فإذا كان مكاتبا يتكاتب عليه تحقيقا للصلة بقدر الإمكان ، وإذا دخل في كتابته كان كسبه له ، لأن كسب ولده كسب كسبه . قال (وكذلك ولد المكاتبه معها) لأنه ثبت فيها صفة امتناع البيع فيسرى إلى الولد كالتدبير ونحوه . قال (ولو زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت دخل في كتابة الأم) لرجحان جانب الأم كما مر في الحرية والرق . قال (وإن ولدت من مولاهما إن شاءت مضت على الكتابة وإن شاءت صارت أم ولد له وعجزت نفسها) لأنه صار لها جهتا حرية : عاجل يبدل الكتابة وآجل بغير بدل وهي أمية الولد فتختار أيهما شاءت ، وولدها ثابت النسب من المولى لأن ملكه ثابت في الأم وهو كاف للاستيلاد وهو حر ، لأن المولى يملك إعتاق ولدها ، فإن عجزت نفسها وصارت أم ولد فحكمها ما تقدم ، وإن مضت على الكتابة فلها أخا العقر لما قدّمناه ، فإن مات المولى بعد ذلك عتقت بالاستيلاد وسقط عنها بدل الكتابة . وإن مات قبله وتركت مالا يؤدّى منه بدل الكتابة ، وما بقي يرثه ابنها كما عرف ، وإن لم يترك وفاء فلا سعاية على الولد لأنه حر ، فإن ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى إلا بدعوة لحرمة وطئها عليه ، فإن لم يدعه حتى ماتت من غير وفاء سعى الولد الثاني لأنه مكاتب تبعا لها ، فلو مات المولى بعدها عتق وبطلت عنه السعاية لأنه في حكم أم الولد . قال (وإن كاتب أم ولد جاز) لما مر في الاستيلاد (فإذا مات سقط عنها مال الكتابة) لأنها عتقت بالاستيلاد ، والبدل وجب لتحصيل العتق وقد حصل ، ويسلم لها الأولاد والأكساب لما بينا ، وإن أدّت قبل موت المولى عتقت بمقتضى عقد الكتابة (وإن كانت مدبرة سناز) لما مر في التدبير (فإن مات المولى ولا مال له إن شاء سعى في ثلثي قيمته أو جميع بدل الكتابة) وقال أبو يوسف : يسعى في الأقل منهما . وقال محمد : يسعى في الأقل

وَإِذَا كَاتَبَ الْمُسْلِمُ عَبْدَهُ عَلَى خَمْرٍ ، أَوْ خِنْزِيرٍ ، أَوْ عَلَى قِيَمَةِ الْعَبْدِ (س) ،
أَوْ عَلَى أَلْفٍ عَلَى أَنْ يَرُدَّ إِلَيْهِ عَبْدًا بِغَيْرِ عَيْنِهِ فَهُوَ فَاسِدٌ ، فَإِنْ أَدَّى
الْخَمْرَ عَتَقَ (ز) ،

من ثلثي قيمته وثلثي بدل الكتابة ، فالتخير مذهب أبي حنيفة وحده ، ومحمد وحده
خالف في المقدار ، فخلافتهم في التخير بناء على اختلافهم في تجزى الإعتاق ؛ فعند
أبي حنيفة لما تجزى عتق ثلثه بالموت وبقي ثلثاه فقد توجه له وجهها عتق : معجل وهو
السعاية بالتدبير ، ومؤجل ببدل الكتابة فيختار أيهما شاء ؛ وعندهما عتق كله لما عتق
بعضه ، وقد وجب عليه أحد المسالين فيؤدّي أقلهما لأنه يختار الأقلّ لا محالة ؛ ولمحمد
في المقدار أن البدل مقابل بالكل ، وقد سلم له الثلث بالتدبير فيسقط بقدره ، لأنه
ما أوجب البدل في مقابلة الثلثين ، ألا ترى أنه لو خرج من الثلث سقط عنه جميع البدل ،
فإذا خرج ثلثه سقط الثلث وصار كما إذا دبر مكاتبه ومات فإنه يسعى في الأقلّ من ثلثي
القيمة وثلثي البدل كذا هذا . ولهما أنه قابل جميع البدل بثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ،
وهذا لأنه بالتدبير استحقّ حرّية الثلث ظاهرا ، والعاقل لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحقه
من حرّيته وصار كما إذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلاثا على ألف كانت الألف مقابلة
بالواحدة الباقية لدلالة الإرادة كذا هذا ، بخلاف ما إذا دبر مكاتبه لأن البدل مقابل
بالجميع إذ لا استحقاق له في شيء بالكتابة فافترقا .

فصل

(وإذا كاتب المسلم عبده على خمر ، أو خنزير ، أو على قيمة العبد . أو على ألف على
أن يردّ إليه عبدا بغير عينه فهو فاسد) لأن الخمر والخنزير ليسا بمال في حقّ المسلم فلم
يصلحا بدلا ، والقيمة مجهولة القدر والجنس والصفة ، فصار كالكتابة على ثوب أو دابة
فإنه لا يجوز لتفاحش الجهالة كذا هذا . وأما الثالثة فذهب أبي حنيفة ومحمد . وقال
أبو يوسف : هي جائزة ويقسم الألف على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها
حصّة العبد ويصير مكاتبا بالباقي ، لأنه لو كاتبه على عبد صح وانصرف إلى عبد وسط
فكذا يصحّ استنأؤه منه . ولهما أن المستثنى مجهول فيوجب جهالة المستثنى منه ، ولأن العبد
لا يصحّ مستثنى من الألف ، وإعما المستثنى قيمته ، والقيمة لا تصلح بدلا فلا تصلح
مستثنى : قال (فان أدّى الخمر عتق) باعتبار التعليق ، وإن لم ينصّ على التعليق ، لأن
الفاسد معتبر بالخاصّ كالبيع . وقال زفر : لا يعتق إلا بأداء قيمة الخمر ، لأن القيمة
هي البدل . وقال أبو يوسف : يعتق بأداء كل واحد منهما ، أما الخمر فلأنه بدل صوره ،

وإذا عتقَ بآداءِ الخمرِ فعليه قيمةُ نفسه لا ينقصُ عنِ المسمى ويزادُ عليه ، وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتقُ بآداءِ القيمة . والكتابةُ على الدِّمِ والميئة باطلَةٌ ، وعلى الحيوانِ والثوبِ كالنكاحِ ولو كاتبَ الذميَّ عبدهُ على خمرٍ جازٍ ، وأيهما أسلمَ قللَ مولى قيمةُ الخمرِ .

وأما البذل (١) فبذل معنى . وعن أبي حنيفة إنما يعتق بآداء عين الخمر إذا قال : إن أدتها فأنت حرّ للتنصيص على التعليق ، وفي ظاهر الرواية لم يفصل على مامر . قال (وإذا عتق بآداء الخمر فعليه قيمة نفسه) كما قلنا في البيع الفاسد إذا هلك المبيع (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لأنه عقد فاسد فتجب القيمة عند الهلاك بالغة ما بلغت كالمبيع فاسدا ، ولأن المولى ما رضى بالنقصان والعبد رضى بالزيادة خوفا من بطلان العتق فتجب الزيادة . قال (وفيما إذا كاتبه على قيمته يعتق بآداء القيمة) لأنه هو البذل فيعتق كالخمر ، وأثر الجهالة في الفساد . بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بآداء ثوب لفحش الجهالة فإنه لا يدرى أى ثوب أراد المولى ، ولا يثبت العتق بدون إرادته . قال (والكتابة على الدِّمِ والميئة باطلَةٌ) لأنهما ليسا بمال أصلا ولا موجب لهما . واو علق العتق بأدائهما عتق بالآداء لوجود الشرط ولا شيء عليه لعدم المسالية . قال (و) الكتابة (على الحيوان والثوب كالنكاح) إن عين النوع صح ، وإن أطلق لا يصح وتماه عرف في النكاح ، ولو علق عتقه بآداء ثوب أو دابة أو حيوان فأدّى لا يعتق (٢) الجهالة الفاحشة على ما بيناه ، وإن كاتبه على حيوان موصوف فأدّى القيمة أجبر على قبولها كما قلنا في المهر . قال (ولو كاتب الذميَّ عبده على خمر جاز) إذا ذكر قدرا معلوما ، وكذلك إذا كاتبه على خنزير لأنه مال في حقهم (وأيهما أسلم فللمولى قيمة الخمر) لأنه إن كان العبد هو المسلم فهو ممنوع من تملكها . وإن كان المولى فهو ممنوع من تملكها فوجب القيمة ، وأيهما أدّى عتق . لأن القيمة تصلح بدلا كالكتابة على حيوان موصوف فيعتق بأيهما كان .

(١) قوله البذل ، لعله القيمة اهـ

(٢) الذى فى الزيلعى هكذا : حتى لو أدّى قيمته أيضا لا يعتق إلا إذا علقه قصدا ، بأن قان : إن أدّت إلى ثوبا فأنت حرّ . فحينئذ يعتق بآداء ثوب لأنه تعليق صريح فصار من باب الأيمان . وهى تتعدّد مع الجهالة كما ذكره الزيلعى انتهى ، والفرق أن الضمى فى ضمن عقد فخر مع الجهالة ، بخلاف القصدى فإنه يمين فلا تشرّ الجهالة فيه .

وَلَوْ كَاتَبَ عَبْدِيهِ كِتَابَةً وَاحِدَةً إِنْ أَدَّىا عَتَقَا ، وَإِنْ عَجَزَا رُدَّ إِلَى الرِّقِّ ، وَلَا يَعْتَقَانِ إِلَّا بِأَدَاءِ الْجَمِيعِ ، وَلَا يَعْتَقُ أَحَدُهُمَا بِأَدَاءِ نَصِيهِهِ ، فَإِنْ عَجَزَ أَحَدُهُمَا فَرُدَّ إِلَى الرِّقِّ ثُمَّ أَدَّى الْآخَرُ جَمِيعَ الْكِتَابَةِ عَتَقَا ، وَلَوْ كَانَا لِرَجُلَيْنِ فَكَاتَبَاهُمَا كَذَلِكَ فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُكَاتَبٌ بِحَصَّتِهِ يَعْتَقُ بِأَدَائِهَا ، وَإِنْ كَاتَبَهُمَا عَلَى أَنْ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ضَامِنٌ عَنِ الْآخَرِ جَازٌ ، فَأَيُّهُمَا أَدَّى عَتَقَا ، وَيَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ بِنِصْفِ مَا أَدَّى .

فصل

(ولو كاتب عبديه كتابة واحدة إن أدىا عتقا ، وإن عجزا ردّا إلى الرقّ ولا يعتقان إلا بأداء الجميع) لأن الكتابة واحدة وشرطه فيها معتبر (ولا يعتق أحدهما بأداء نصيبه) لما قلنا (فإن عجز أحدهما فردّ إلى الرقّ) إما بتصلحهما أو رده القاضي ولم يعلم الآخر بذلك (ثم أدّى الآخر جميع الكتابة عتقا) لأنهما كشخص واحد ؛ ألا ترى أنهما لا يعتقان إلا بأداء الجميع ، فكذا لا يردّان إلا بعجزهما ، ولأن الغائب يتضرّر بهذا القضاء لأنه لو نفذ تسقط حصته من البذل ولا يعتق بأداء حصته . والحاضر ليس بخصم عنه فيما يضرّه ، وكذا لو سعى بعد ذلك وأدّى نجما أو نجمين ثم عجز وردّ في الرقّ فهو باطل ، لأن رده الأول لما لم يصحّ صار كالعدم فلا يتحقق العجز لاحتمال قدرة الأول . قال (ولو كانا لرجلين فكاتباهما كذلك فكل واحد منهما مكاتب بحصته يعتق بأدائها) لأن كل واحد منهما إنما استوجب البذل على مملوكه ، ويعتبر شرطه في مملوكه لافي مملوك غيره ، بخلاف المسألة الأولى لأن شرطه معتبر في حقهما لأنهما مملوكاه . قال (وإن كاتباهما على أن كل واحد منهما ضامن عن الآخر جاز) استحسانا ، ويجعل كل واحد منهما أصيلا في وجوب الألف عليه ويكون عتقهما معلقا بأدائه ويجعل كفيلا بالألف في حقّ صاحبه تصحيحا لتصرفهم لحاجتهم إلى الخروج عن الرقّ ، وإذا كان كذلك (فأيهما أدّى عتقا) لوجود الشرط (ويرجع على شريكه بنصف ما أدّى) لأنه قضى ديننا عليه بأمره فيرجع عليه تحقيقا للمساواة بينهما ، ولو لم يرجع بشيء أو رجع بالجميع لا تحصل المساواة بينهما ، ولو أعتق المولى أحدهما قبل الأداء عتق لما بينا وسقطت حصته لما تقدّم ويبقى على الآخر النصف لأن البذل مقابل برقيتهما على الحقيقة ؛ وإنما جعلناه على كل واحد منهما احتيالا لصحة الكفالة ويعتق أحدهما استغنيا عن ذلك ، وإذا كان مقابلا بالرقبتين تنصف والمولى أن يأخذ بالنصف الباقي أيهما شاء المعتق بالكفالة وصاحبه بالأصالة ؛ ولو كاتب نصف عبده جاز وصار نصفه مكاتباً ، وعندهما يصير كله مكاتباً بناء على تجزئ الإعتاق وعدمه ،

وإذا مات المكاتب وترك وفاء أدت مكاتبته وحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق أولاده ، فإن فضل شيء فلورثته ، فإن لم يترك وفاء وترك ولداً أو ولد في الكتابة سعى كالأب ، وإن ترك ولداً مشترى فإن أدت الكتابة حالاً وإلا رد في الرق (سم) ، وإذا مات المولى أدت الكتابة إلى ورثته على نجومه ، وإن أعتقه أحدهم لم يعتق ،

فيصير نصفه مكاتباً ونصفه ماذوناً في التجارة ، لأن الإذن لا يتجزى ، ونصف أكسابه له ونصفها للمولى ، فإذا أدت عتق نصفه وسعى في نصف قيمته ، ولا حق للمولى في أكسابه بعد العتق لأنه مستسعى وهو كالمكاتب عنده ، ولا حق للمولى في أكساب المكاتب .

فصل

(وإذا مات المكاتب وترك وفاء أدت مكاتبته وحكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته ويعتق أولاده ، فإن فضل شيء فلورثته) روى ذلك عن علي وابن مسعود ، وأنه عقد معاوضة لا يفسخ بموت أحدهما وهو المولى فلا يفسخ بموت الآخر تسوية بينهما كما في البيع ، ولأن البديل كان في ذمته ولم تبق صالحة لذلك بالموت ، ولهذا حل به الأجل فينتقل إلى التركة كسائر الديون فخلت الذمة ، وخلت الذمة يوجب العتق ، إلا أنه لا يحكم بالعتق حتى يصل المال إلى المولى مراعاة لحقه ، وليتحقق خلو ذمته لاحتمال هلاك تركته قبل الأداء ، فإذا وصل حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته فيموت حر ويعتق أولاده تبعاً له على ما قدّمناه ، فإن فضل شيء فلورثته لأنه حرّ وهم أحرار (فإن لم يترك وفاء وترك ولداً ولد في الكتابة سعى كالأب) معناه على نجومه ، فإذا أدت حكم بعق ابنه قبل موته وعتق الولد لأنه داخل في كتابة أبيه ، لأنه وقت العقد كان من أجزاء الأب متصلاً به فورد العقد عليه فدخل في كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه في الأداء وصار كما إذا ترك وفاء . قال (وإن ترك ولداً مشترى فإن أدت الكتابة حالاً وإلا رد في الرق) وقالوا : هو المولود في الكتابة لأنه يتكاتب عليه تبعاً له فاستويا . ولأبي حنيفة أن المشتري لم يدخل تحت العقد لأن العقد لم يصف إليه لانفصاله عن الأب وقت العقد فلا يسرى إليه حكمه ، بخلاف المولود في الكتابة ، لأنه متصل به حالة العقد فسرى العقد إليه ودخل في حكمه فسمي في نجومه ، إلا أن المشتري إذا أدت في الحال يصير كأن المكاتب مات عن وفاء فيحكم بعقته آخر عمره فيعتق ولده تبعاً له ما بينا . قال (وإذا مات المولى أدت الكتابة إلى ورثته على نجومه) لأنهم يخلفونه في الاستيفاء (وإن أعتقه أحدهم لم يعتق) لعدم الملك

وَأَن أَعْتَقُوهُ جَمِيعًا عَتَقَ ، وَإِذَا عَجَزَ الْمُكَاتِبُ عَن نَّجْمٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ ،
فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ يَرْجُو وَصُولَهُ أَنْظَرَهُ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلَاثَةً وَلَا يَزَادُ عَلَيْهَا ،
وَأَن لَّمْ يَكُنْ لَهُ جِهَةٌ عَجَزَهُ (س) وَعَادَ إِلَى أَحْكَامِ الرِّقِّ .

كتاب الولاء

وَهُوَ نَوْعَانِ : وَلَاءُ عِتَاقَةٍ ، وَلَوَاءُ مُوَالَاةٍ ، وَسَبَبُ وَلَاءِ الْعِتَاقَةِ الْإِعْتَاقُ ،
وَعِتَقُ الْقَرِيبِ بِالشَّرَاءِ ، وَالْمُكَاتِبِ بِالْأَدَاءِ ، وَالْمُدَبِّرُ ،

فإنه لا يملك بسائر أسباب الملك فكذا بالإرث (وإن أعتقوه جميعا عتق) لأنه يصير لإبراء
عن بدل الكتابة ، لأن الإرث يجري في البذل ، والإبراء عنه موجب للعتق كما لو أبرأه المولى
إلا أن إعتاق البعض لا يوجب إسقاط نصيب من البذل ، لأنه لا يمكن جعله لإبراء مقتضى
للعتق ولا عتق ، فإنه لو أعتقه البعض لا يعتق ، ولا يمكن أن يجعله لإبراء عن الكل لتعلق
حق الغير به . قال (وإذا عجز المكاتب عن نجم نظر الحاكم ، فإن كان له مال يرجو
وصوله أنظره يومين أو ثلاثة ولا يزداد عليها) لأن في ذلك نظرا للجانيين ، والثلاث مدة
تضرب لإبلاء الأعداء كما في إمهال المديون للقضاء ونحوه (وإن لم يكن له جهة عجزه وعاد
إلى أحكام الرق) وقال أبو يوسف : لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان وهو مأثور عن
علي رضي الله عنه . ولهما أن العجز سبب للفسخ وقد تحقق ، فإن من عجز عن نجم كان
عن نجمين أعجز ، ولأنه فات مقصود المولى وهو وصول المال إليه عند حلول النجم فلم
يكن راضيا بفسخ ، واليومان والثلاثة لا بد منهما لإمكان الأداء وليس بتأخير ، والأثر
معارض بما روى « أن ابن عمر رضي الله عنهما عجز مكاتبه له حين عجزت عن نجم واحد
وردّها إلى الرق فتعارضوا » فإن عجز عن نجم عند غير القاضي فردّه مولاه برضاه جاز ،
لأن الفسخ بالتراضي يجوز من غير عذر فبعدل أولى ، وإن أبى العبد ذلك فلا بد من القضاء
بالفسخ لأنه عقد لازم فلا بد في فسخه من القاضي أو الرضى كسائر العقود ، وإذا فسخه
عاد إلى أحكام الرق ، لأن بالفسخ تصير الكتابة كأن لم تكن ، وما في يده من أكسابه
لمولاه لأنها كسب عبده ، والله أعلم .

كتاب الولاء

(وهو نوعان : ولأء عتاقة) ويسمى ولأء نعمة (وولأء موالاة) وسبب ولأء العتاقة
الإعتاق (لإضافته إليه ، والحكم يضاف إلى سببه ، وسواء كان بيدل أو بغير بدل
أو للكفارة أو لليمين أو بالنذر) وعتق القريب بالشراء ، والمكاتب بالأداء ، والمدبر

وَأَمَّ الْوَلَدَ بِالْمَوْتِ إِعْتِاقٌ ، وَيَثْبُتُ لِلْمُعْتَقِ ذِكْرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ شَرَطَهُ لِغَيْرِهِ أَوْ سَائِيَةٍ وَلَا يَنْتَقِلُ عَنْهُ أَبَدًا ، فَإِذَا مَاتَ فَهُوَ لِأَقْرَبِ عَصَبَتِهِ فَيَكُونُ لِابْنِهِ دُونَ أَبِيهِ إِذَا اجْتَمَعَا ، وَإِنْ اسْتَوَوْا فِي الْقُرْبِ فَهُمْ سَوَاءٌ ، وَلَيْسَ لِلنِّسَاءِ مِنَ الْوَلَاءِ إِلَّا وَلَاءُ مَنْ أَعْتَقَنَ أَوْ أَعْتَقَ مَنْ أَعْتَقَنَ أَوْ جَرٌّ وَلَاءُ مُعْتَقِهِنَّ بِأَنْ زَوَّجَتْ عَبْدًا مُعْتَقَةً الْغَيْرِ فَوَلَدَتْ فَوَلَاؤُهُ لِمَوْلَى الزَّوْجَةِ .

وَأَمَّ الْوَلَدَ بِالْمَوْتِ إِعْتِاقٌ (لأن جميع ذلك يضاف إليه فيكون من جهته فيدخل تحت قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » والمقصود من الولاء بنوعيه التناصر ، وكانت الجاهلية يتناصرون بأشياء : منها الحلف وغيره ، فقرر صلى الله عليه وسلم تناصرهم بنوعى الولاء فقال « مولى القوم منهم » وقال « حليف القوم منهم » والمراد بالخليف مولى الموالات فانهم كانوا إذا عقدوا عقد الولاء أكدوها بالحلف . قال (ويثبت للمعتق ذكرا كان أو أنثى ، وإن شرطه لغيره أو سائبة) (١) لاطلاق ما روينا (ولا ينتقل عنه أبدا) لأنه عتق على ملكه وتأكد السبب من جهته فلا ينتقل عنه (فإذا مات فهو لأقرب عصبته فيكون لابنه دون أبيه إذا اجتمعا) وفيه اختلاف ذكرته ودلائله في الفرائض من هذا الكتاب بعون الله تعالى . قال (وإن استووا في القرب فهم سواء) لاستوائهم في العلة وهى القرابة والعصوبة . قال (وليس للنساء من الولاء إلا ولأء من أعتقن أو أعتق من أعتقن أو جرّ ولأء معتقهن) لأنهن لسن بعصبة ، ولأن السبب النصرة ولسن من أهلها ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا من أعتقن أو أعتق من أعتقن أو أعتقن أو كاتب من كاتبين أو جرّ ولأء معتقهن » أو معتق معتقهن » وهذا دليل على ثبوت الولاء لمن أعتقن أو أعتقن أو كنى سببا في الإعتاق ، وينبئ ثبوت الولاء لمن بعد ذلك ، ويؤيد هذا حديث ابنة حزة وقد ذكر في الفرائض أيضا (٢) ، ولأنها ساوت الرجل في السبب وهو الإعتاق ، فإذا استحققت ميراث معتقها فكذا معتق معتقها لأنها تسببت إلى عتقه . ولأن معتقه ينسب إليها بالولاء ، وصورة جرّ ولأء معتقهن (بأن زوّجت عبدا معتقة الغير فولدت فولأؤه لمولى الزوجة) لأن الأب عبد لا ولأء له ، فإذا أعتق جرّ ولأء ابنه إلى مواله ، وصورة معتق معتقهن إذا أعتقت عبدا فاشترى عبدا وزوجه معتقة الغير فولدت منه فولأء أولادها لمواليها لما بينا ، فإذا أعتق معتق المرأة العبد جرّ ولأء أولاده إليه ،

(١) قوله أو سائبة ، معناه : إذا أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه يكون الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيكون له الولاء ويرثه اه مصححه .

(٢) قوله وقد ذكر في الفرائض أيضا ، ونصه : مات معتق لابنة حزة رضى الله عنهما عن بنت : فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين اه مصححه .

وَسَبَبُ وِلَاءِ الْمُوَالَةِ الْعَقْدُ . وَصُورَتُهُ : إِذَا أَسْلَمَ عَلَى يَدِ رَجُلٍ وَوَالَاهُ عَلَى أَنْ يَرِثَهُ وَيُعْقِلَ عَنْهُ فَقَالَ : أَنْتَ مَوْلَايَ تَرِثُنِي إِذَا مِتُّ ، وَتُعْقِلُ عَنِّي إِذَا جَنَيْتُ فَيَقْبَلُ الْآخَرُ فَذَلِكَ صَحِيحٌ ، فَإِذَا مَاتَ وَلَا وَارِثَ لَهُ وَرِثَتُهُ ،

ويكون ذلك الولاء لمعتقه ، فذلك جرّ ولاء معتق معتقها ، ولو أعتقت الأمّ وهي حامل فولدت لا ينتقل الولاء عن موالها أبداً لأن العتق ورد على الولد لأنه كان موجوداً متصلاً بها وقت العتق فلا ينتقل ولاؤه كما إذا أعتقه قصداً ، ويعرف ذلك إذا ولدته لأقلّ من ستة أشهر من يوم العتق على ما عرف ، وكذا إذا ولدت ولدين أحدهما لأقلّ من ستة أشهر لأنهما خلقا من ماء واحد ، والأصل في جرّ الولاء قوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمة كلحمة النسب » والنسب إلى الآباء فكذا الولاء ، فإذا امتنع إثباته إلى الأب المانع ، فإذا زال المانع عاد الولاء إلى الأب عملاً بالأصل كولد الملاعة ينسب إلى أمه ، فإذا أكذب الأب نفسه ثبت نسبه منه . وروى أن الزبير بن العوام رأى بخير فتية لعسا (١) أعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض جهينة أو لبعض أشجع فاشترى أباهم فأعتقه وقال لهم انتسبوا إليّ ، فقال رافع : بل هم موالى ، فاختصموا إلى عثمان ف قضى بالولاء للزبير من غير مخالفة من غيره . ولو أعتق الجدة لايجزى الولاء ، ولا يكون الصغير مسلماً بإسلام جدّه ، فإن المسلمين لم يجعلوا الصغار مسلمين بإسلام آدم ونوح عليهما الصلاة والسلام وهما جدّان . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يكون مسلماً تبعاً للجدّ ، ويجزى الجدّ ولاءه لأن الجدّ بمنزلة الأب عند عدمه . قال (وسبب ولاء الموالاة العقد) والمطلوب منه التناصر ، وله ثلاثة شرائط : أن لا يكون له معتق لأن ولاء العتاقة أقوى فيمنع ثبوت الأضعف . الثاني أن لا يكون عربياً لأن العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء العتاقة فولاء الموالاة أولى . والثالث أن لا ينتسب إلى أحد ولا يكون له نسب معروف ، وهو عقد مشروع لقوله عليه الصلاة والسلام لما سئل عن أسلم على يد رجل فقال « هو أحقّ الناس به بحياه ومماته إن والاه » أى بميراثه لا بشخصه . وروى أن رجلاً أسلم على يد تميم الدارى ووالاه ، فقال له عليه الصلاة والسلام « هو أخوك ومولاك تعقل عنه وترثه » (وصورته : إذا أسلم على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه فقال : أنت مولى تراثى إذا مت ، وتعقل عني إذا جنيت فيقبل الآخر فذلك صحيح) وكذا إذا أسلم على يد رجل ووالى غيره صحّ (فإذا مات ولا وارث له ورثه) لما رويناه وتماه يعرف في الفرائض ، ويدخل في عقد الولاء الأولاد الصغار للتبعية والولاية ، وكذا كلّ من يولد له بعد ذلك ، ولأنهم

(١) قوله لعسا ، قال في مختار الصحاح : اللعس بفتحين : لون الشفة إذا كانت تضرب إلى السواد قليلاً ، وذلك يستملح ، وبابه طرب ، يقال شفة لعساء وفتية ونسوة لعس اهـ .

وَلَهُ أَنْ يَنْفَسَخَ عَقْدَ الْوَلَاءِ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ ، فَإِنْ عَقَلَ عَنْهُ أَوْ عَنْ وَلَدِهِ
لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَإِذَا أَسْلَمَتِ الْمَرْأَةُ وَوَالَتِ أَوْ أَقْرَتِ بِالْوَلَاءِ فِي يَدِهَا ابْنِ
صَغِيرٍ تَبِعَهَا (سَم) فِي الْوَلَاءِ .

كتاب الأيمان

يتبعونه في النسب فكذا في الولاء ، فإن أسلم له ابن كبير على يد آخر ووالاه صح لانقطاع
ولايته عنه . ومن شرطه أن يكون المولى عاقلا بالغا حرا حتى لا يصح موالاة الصبي والعبد
والمجنون ؛ ولو إلى الصبي باذن الأب أو الوصي جاز والولاء للصبي ، وإن وإلى العبد
باذن مولاه جاز وكان وكلا عن مولاه ، ويقع الولاء للمولى ، لأن الصبي من أهل الولاء
والعبد لا . لأن حكم الولاء العقل والإرث والعبد ليس أهلا لذلك فيثبت الولاء لأقرب
الناس منه وهو المولى . قال (وله أن يفسخ عقد الولاء بالقول والفعل) لأنه عقد غير لازم
لأن الأعلى متبرع بالقيام بنصرته وعقل جانيته ، والأسفل متبرع بعمله خليفته في ماله والتبرع
غير لازم ما لم يحصل به القبض أو العوض كالهبة . وله أن يفسخ بالقول بحضرة الآخر
وبالفعل مع غيبته بأن يوالى غيره كعزل الوكيل بالقول يشترط علمه لأنه عزل قصدا وبالفعل
لا يشترط لأنه عزل حكما . قال (فإن عقل عنه أو عن ولده ليس له ذلك) لحصول العوض
كالهبة ، وكذا إذا كبر أحد أولاده فليس له أن يرجع عنه بعد ما عقل لما ذكرنا أنه دخل
في عقده وولائه قال (وإذا أسلمت المرأة ووالت أو أقرت بالولاء وفي يدها ابن صغير
تبعها في الولاء) وقالوا : لا يتبعها لأنه لا ولاية لها على ماله فعلى نفسه أولى ، وله أنه بمنزلة
النسب وهو نفع محض فيملكه عليه كقبض الهبة . والله أعلم .

كتاب الأيمان

وهو جمع يمين . واليمين في اللغة : القوة . قال تعالى - لأخذنا منه باليمين - أي بالقوة
والقدرة منا . وقيل في قوله تعالى - إنكم كنتم تأتوننا عن اليمين - أي تتقوون علينا . وقال :
إذا ما راية رفعت لحجب تلقاها عرابة باليمين

وهي الجارحة أيضا . وهي مطلق الخائف أي شيء كان من غير تخصيص . وقوله تعالى
- فراغ عليهم ضربا باليمين - يَحْتَمِلُ الْوُجُوهَ الثَّلَاثَةَ : أي بيده اليمنى أو بقوته أو بحلفه . وهو
قوله - وثالثه لأكيدين أصنامكم - . وفي الشرع نوعان : أحدهما القسم ، وهو ما يقتضي
تعظيم المقسم به . فلهذا قلنا لا يجوز إلا بالله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « من كان
حالفا فليحلف بالله أو لينذر » وفيها المعنى اللغوي . لأن فيها الحلف ، وفيها معنى القوة
لأنهم شقون كلامهم ويوثقونه بالقسم بالله تعالى ، وكانوا إذا تحالفوا أو تعاهدوا يأخذون

الْيَمِينُ بِاللّهِ تَعَالَى ثَلَاثَةً : غَمُوسٌ ، وَهِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ ماضٍ أَوْ حَالٍ يَتَعَمَّدُ فِيهَا الْكَذِبَ فَلَكَفَّارَةً فِيهَا . وَلَغَوٌ : وَهِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ يَظُنُّهُ كَمَا قَالَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ ، فَتَرْجُو أَنْ لَا يُؤْخِذَهُ اللَّهُ بِهَا . وَمُنْعَقِدَةٌ : وَهِيَ الْحَلْفُ عَلَى أَمْرِ فِي الْمُسْتَقْبَلِ لِيَفْعَلَهُ أَوْ يَتْرُكَهُ ،

باليمين التي هي الجارحة . الثاني الشرط والجزاء ، وهو تعليق الجزاء بالشرط على وجه ينزل الجزاء عند وجود الشرط كقوله : إن لم آتلك غدا فبعدى حر . وهذا النوع ثبت بالأصطلاح الشرعى ولم ينقل عن أهل اللغة وفيه معنى القوة والتوثق أيضا . لأن اليمين تعقد للحمل على فعل المحلوف عليه أو للمنع عن فعله ، فإن الإنسان يعلم كون الفعل مصلحة ولا يفعاها لنفور الطبع عنه . ويعلم كونه مفسدة ولا يمتنع عنه لميله إليه وغلبة شهوته . فاحتاج في تأكيد عزمه على الفعل أو الترك إلى اليمين ، وكما أن اليمين بالله تعالى تحمله أو تمنعه لما يلازمها من الإثم بهتك الاسم المعظم والكفارة ، فكذلك الشرط والجزاء يحمله ويمنعه لما يلازمه من زوال ملك النكاح وملك الرقبة وغير ذلك فيحصل المنع والحمل بكل واحدة من اليمينين فألحقناهما بها لاشتراكهما في المعنى ، واليمين مشروعة في المعاهدات والخصومات تأكيداً وتوثيقاً للقول ، قال تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان - وقال عليه الصلاة والسلام « لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ، من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليذر » والأفضل أن يقلل الحلف بالله تعالى ، والحلف بغير الله تعالى قيل يكره اقواء عليه الصلاة والسلام « ملعون من حلف بالطلاق وحلف به » وقيل إن أضيف إلى المستقبل لا يكره وإلى الماضي يكره ، وهذا حسن لأنها مستعملة في العهود والمواثيق بين المسلمين من غير تكبر ، والحديث محمول على الإضافة إلى الماضي بالإجماع . وهى من أيمان السفلة . قال (اليمين بالله تعالى ثلاثة : غموس ، وهى الحلف على أمر ماضٍ أَوْ حَالٍ يتعمد فيها الكذب فلا كفارة فيها . ولغو : وهى الحلف على أمر يظنه كما قال وهو بخلافه ، فترجوا أن لا يؤاخذَهُ اللهُ بِهَا . ومنعقدة : وهى الحلف على أمر في المستقبل ليفعله أو يتركه) فإذا حنث فيها فعليه الكفارة ، ويبان ذلك أن اليمين إما أن تكون على الماضى أَوْ على الحال أَوْ على المستقبل ، فإن كانت على الماضى أَوْ على الحال ، فلما أن يتعمد الكذب فيها وهى الأولى ، أَوْ لم يتعمد وهى الثانية ، وإن كانت على المستقبل فهى الثالثة ، سواء كان عمدا أَوْ ناسيا مكرها أَوْ طائعا على ما نبينه إن شاء الله تعالى . أما الغموس فليست يميناً حقيقة ، لأن اليمين عقد مشروع على ما بينا وهذه كثيرة فلا تكون مشروعة . وتسميتها يميناً مجاز لوجود صورة اليمين كما نهى صلى الله عليه وسلم عن بيع الحر سماء يبيعا مجازا : قالوا : سميت غموساً لأنها تغمس صاحبها في نار جهنم ، ولهذا قلنا لا كفارة فيها . واليمين على

وَهِيَ أَنْوَاعٌ : مِنْهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْبِرُّ كَفَعْلِ الْفَرَائِضِ وَمَنْعِ الْمَعَاصِي ، وَنَوْعٌ يَجِبُ فِيهِ الْحَنْثُ كَفَعْلِ الْمَعَاصِي وَتَرْكِ الْوَاجِبَاتِ ، وَنَوْعٌ الْحَنْثُ فِيهِ خَيْرٌ

الْمَاضِي مِثْلَ قَوْلِهِ : وَاللَّهُ مَا فَعَلْتَ كَذَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ فَعَلَهُ ، أَوْ وَاللَّهُ لَقَدْ فَعَلْتَ كَذَا وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَمْ يَفْعَلْهُ ، وَالْحَالُ أَنْ يَقُولَ : وَاللَّهُ مَا لَهَذَا عَلَى دِينٍ وَهُوَ يَعْلَمُ أَنَّ لَهُ عَلَيْهِ ، فَهَذِهِ الْبَيِّنَاتُ لَا تَنْعَقِدُ وَلَا كُفَّارَةٌ فِيهَا وَإِنَّمَا التَّوْبَةُ وَالِاسْتِغْفَارُ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « خَمْسٌ مِنَ الْكِبَايِرِ لَا كُفَّارَةَ فِيهِنَّ الشُّرْكُ بِاللَّهِ ، وَعَقُوقُ الْوَالِدَيْنِ ، وَبُهْتُ الْمُسْلِمِ (١) وَالْفِرَارُ مِنَ الزَّحْفِ ، وَالْيَمِينَ الْغُمُوسُ » وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْيَمِينَ الْغُمُوسُ تَدْعُ الدِّيارَ بِلَاقِعٍ » وَلَمْ يَذْكُرْ فِيهَا الْكُفَّارَةَ ، وَلَوْ وَجِبَتْ لَذَكَرَهَا تَعْلِيماً ، أَوْ نَقُولُ : أَوْ كَانَ لَهَا كُفَّارَةٌ لَمَا دَعَتْ الدِّيارَ بِلَاقِعٍ لِأَنَّ الْكُفَّارَةَ اسْمٌ لِمَا يَسْتُرُ الذَّنْبَ فَتَرْفَعُ لُغْمُهُ وَعَقُوبَتُهُ كَغَيْرِهَا مِنَ الذَّنُوبِ وَلِأَنَّهَا كَبِيرَةٌ بِالْحَدِيثِ ، وَالْكَفَّارَةُ عِبَادَةٌ لِأَنَّهَا تَتَأَدَّى بِالصُّومِ وَيَشْتَرِطُ فِيهَا النِّيَّةُ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ الْكُفَّارَةَ بِقَوْلِهِ - بِمَا عَقَّدْتُمُ الْإِيمَانَ فَكُفَّارَتُهُ - وَالْعَقْدُ مَا يَتَصَوَّرُ فِيهِ الْحُلُّ وَالْعَقْدُ ، وَذَلِكَ لَا يَتَصَوَّرُ فِي الْمَاضِي . وَأَمَّا اللَّغْوُ كَقَوْلِهِ : وَاللَّهُ مَا دَخَلْتَ الدَّارَ ، أَوْ مَا كَلِمَتُ زَيْدًا يَظُنُّهُ كَذَلِكَ وَهُوَ بِخِلَافِهِ وَيَكُونُ فِي الْحَالِ أَيْضاً كَقَوْلِهِ : وَاللَّهُ إِنْ الْمَقْبِلُ لَزِيدٌ فَلِذَا هُوَ عَبْدُ اللَّهِ ، وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى - لَا يُؤْخَذُ كَيْفَ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ - . وَحَكَى مُحَمَّدٌ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّ اللَّغْوَ مَا يَجْرِي بَيْنَ النَّاسِ مِنْ قَوْلِهِ : لَا وَاللَّهِ وَبَلَى وَاللَّهُ ، وَعَنْ عَائِشَةَ مِثْلَهُ مَوْقُوفاً وَمَرْفُوعاً ، وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ هُوَ الْحَلْفُ عَلَى يَمِينٍ كَاذِبَةٍ وَهُوَ يَرَى أَنَّهُ صَادِقٌ ، فَإِنْ قِيلَ كَيْفَ يَقُولُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ نَرْجُو أَنْ لَا يُؤْخَذَ بِهِ اللَّهُ بِهَا ، وَاللَّهُ تَعَالَى نَفَى الْمُواخَاذَةَ قَطْعاً ، فَالْجَوَابُ مِنْ وَجْهَيْنِ : أَحَدُهُمَا أَنَّ الْعُلَمَاءَ اخْتَلَفُوا فِي تَفْسِيرِ اللَّغْوِ ، فَقَالَ مُحَمَّدٌ : نَرْجُو أَنْ لَا يُؤْخَذَ بِهِ اللَّهُ تَعَالَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْوَجْهِ الَّذِي فَسَّرَهُ لِاحْتِمَالِ أَنَّهَا غَيْرُهُ . وَالثَّانِي أَنَّ الرَّجَاءَ عَلَى وَجْهَيْنِ : رَجَاءُ طَمَعٍ ، وَرَجَاءُ تَوَاضُعٍ ، فَجَازَ أَنْ مُحَمَّدًا ذَكَرَ ذَلِكَ عَلَى سَبِيلِ التَّوَاضُعِ . وَرَوَى ابْنُ رَسْتَمٍ عَنْ مُحَمَّدٍ : لَا يَكُونُ اللَّغْوُ إِلَّا فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ . وَقَدْ عَبَّرَ عَنْهُ الْكِرْحَى فَقَالَ : مَا كَانَ الْمُخْلُوفُ بِهِ هُوَ الَّذِي يُلْزِمُهُ بِالْحَنْثِ فَلَا لَفْوَ فِيهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ مَنْ حَلَفَ بِاللَّهِ عَلَى أَمْرٍ يَظُنُّهُ كَمَا قَالَ وَلَيْسَ كَذَلِكَ لَغَا الْمُخْلُوفِ عَلَيْهِ وَبَقِيَ قَوْلُهُ وَاللَّهُ فَلَا يُلْزِمُهُ شَيْءٌ ، وَالْيَمِينُ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى يُلْغُو الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ وَيَبْقَى قَوْلُهُ أَمْرًا تَطَائِقُ أَوْ عَبْدُهُ حَرًّا أَوْ عَلَيْهِ الْحَجُّ فَيُلْزِمُهُ . (و) أَمَّا الْمُنْعَقِدَةُ (هِيَ أَنْوَاعٌ : مِنْهَا مَا يَجِبُ فِيهِ الْبِرُّ كَفَعْلِ الْفَرَائِضِ وَمَنْعِ الْمَعَاصِي) لِأَنَّ ذَلِكَ فَرَضٌ عَلَيْهِ فَيَتَأَكَّدُ بِالْيَمِينِ (وَنَوْعٌ يَجِبُ فِيهِ الْحَنْثُ كَفَعْلِ الْمَعَاصِي وَتَرْكِ الْوَاجِبَاتِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَنْ حَلَفَ أَنْ يَطِيعَ اللَّهَ فَلْيَطِيعْهُ ، وَمَنْ حَلَفَ أَنْ يَعْصِيَهُ فَلَا يَعْصِهِ » (وَنَوْعٌ الْحَنْثُ فِيهِ خَيْرٌ

(١) قَوْلُهُ وَبُهْتُ الْمُسْلِمِ ، بِفَتْحِ الْبَاءِ وَسُكُونِ الِهَاءِ : افْتِرَاءُ الْكَذِبِ عَلَيْهِ .

مِنْ الْبِرِّ كَهَجْرَانِ الْمُسْلِمِ وَنَحْوِهِ ، وَتَوَعُّهُمَا عَلَى السَّوَاءِ ، فَحِفْظُ الْيَمِينِ فِيهِ أَوَّلَى ، وَإِذَا حَنَثَ فَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ : إِنْ شَاءَ أَعْتَقَ رَقَبَةً ، وَإِنْ شَاءَ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينَ أَوْ كَسَاهُمْ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ صَامَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ مُتَتَابِعَاتٍ ، وَلَا يَجُوزُ التَّكْفِيرُ قَبْلَ الْحَنَثِ ،

من البرّ كهجران المسلم ونحوه (قال عليه الصلاة والسلام « من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » ولأن الحنث ينجر بالکفارة ولا جابر للمعصية (ونوعهما على السواء ، فحفظ اليمين فيه أولى) قال تعالى - واحفظوا أيمانكم - أى عن الحنث . قال (وإذا حنث) يعنى فى الأيمان المستقبلة (فعليه الكفارة) لقوله تعالى - ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان - قال (إن شاء أعتق رقبة ، وإن شاء أطعم عشرة مساكين أو كساهم ، فإن لم يجد صام ثلاثة أيام متتابعات) قال تعالى - فكفارته إطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة - خير فيكون الواجب أحدها ، ثم قال - فن لم يجد فصيام ثلاثة أيام - . قرأ ابن مسعود رضى الله عنه : ثلاثة أيام متتابعات وقراءته مشهورة فكانت كالخبر المشهور ، والكلام فى الرقبة والطعام والتفصيل ، ذلك مرّ فى الظهار . وأما الكسوة فهو اسم لما يكتسى به . والمقصود منها ردّ العرى . كل ثوب يصير به مكتسبا يسمى كسوة وإلا فلا ، فإذا اختار الحانث الكسوة كسا عشرة مساكين كل مسكين ما ينطلق عليه اسم الكسوة . وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف أن أدناه ما يستر عامة بدنه فلا يجوز السراويل لأن لابسها يسمى عريانا عرفا . وعن محمد أدناه ما تجوز فيه الصلاة فلا يجوز الحفّ ولا القلنسوة لأن لابسهما لا يسمى مكتسبا ولهذا لا تجوز فيها الصلاة ، وقيل لكل مسكين إزار ورداء وقميص . وقيل كساء وقيل ملحفة ، وقيل يجوز الإزار إن كان يتوشح به ، وإن كان يستر عورته دون البدن لا يجوز كالسراويل . وعلى قول محمد يجوز لأنه يجوز فيه الصلاة . وعن أبى حنيفة فى العمامة إن كانت سابغة قدر الإزار السابغ أو ما يقطع منه قميص يجوز وإلا فلا ، وما لا يجزىه فى الكسوة يجزىه عن الإطعام باعتبار القيمة إذا نواه ، ولا تتأذى الكفارة إلا بفعل يزيل ملكه عن العين ليكون زاجرا ورادعا له فيتحقق معنى العقوبة فلا بدّ فيه من التليك ، ولو أعاره لا يجوز لأنه لا يزول ملكه عن العين ، بخلاف الطعام حيث يجوز فيه الإباحة ، لأن ملكه يزول عن الطعام بالإباحة كما يزول بالتليك ، ولو كفر عنه غيره بأمره جاز ، وبغير أمره لا يجوز كما فى الزكاة لأنها عبادة أو عقوبة ، فلا بدّ من الإتيان بنفسه أو نائبه وذلك بالإذن لينتقل فعله إليه . قال (ولا يجوز التكفير قبل الحنث) لقوله عليه الصلاة والسلام

وَالْقَاصِدُ وَالْمُكْرَهُ وَالنَّاسِي فِي الْيَمِينِ سَوَاءٌ .

فصل

وَحُرُوفُ الْقَسَمِ : الْبَاءُ ، وَالْوَاوُ ، وَالْتَّاءُ ؛

« من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت التي هي خير وليكفر عن يمينه » وروى « ثم ليكفر بيمينه » أمر وأنه يقتضى الوجوب ولا وجوب قبل الحنث ، أو نقول : إذا حنث يجب عليه أن يكفر بالأمر ، ولأن الكفارة ساترة والستر يعتمد ذنبا أو جنابة ولم يوجد قبل الحنث لأن الجنابة هي الحنث لما يتعلق به من هتك حرمة اسم الله تعالى واليمين ما نعة من ذلك فلا تكون سببا مفضيا إلى الحنث ، بخلاف ما إذا كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح ، لأن الجرح سبب مفض إلى الزهوق غالبا ، وبخلاف ما إذا أدى الزكاة بعد النصاب قبل الحول لأن السبب المال . قال (والقاصد والمكره والناسي في اليمين سواء) قال عليه الصلاة والسلام « ثلاث جدّ من جدّ وهزلن جدّ : الطلاق والنكاح والأيمان » وعن عمر رضى الله عنه : أربعة لاردّ يدى (١) فيهنّ وعدّ منها الأيمان . وروى « أن المشركين استحلّوا حذيفة وأباه أن لا يعيننا رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقيل لرسول الله فقال : بنى لهم بعهدهم ونستعين الله عليهم » فحكم بصفة اليمين مع الإكراه ، والكلام في الإكراه مضى في بابه ، ولأن شرط الحنث هو الفعل ، ووجود الفعل حقيقة لا يعدمه الإكراه والنسيان ، ولا يصحّ يمين الصبيّ والمجنون والنائم لما مرّ في الطلاق .

فصل

(وحروف القسم : الباء ، والواو ، والتاء) هو المعهود المتوارث ، وقد ورد بها القرآن ، قال تعالى - والله ربنا - وقال - يحلفون بالله - وقال - تالله لقد أرسلنا - ، والله يمين أيضا لأن اللام تبدل من الباء ، قال تعالى - آمنتم به - و- آمنتم له - ، والأصل فيه أن حرف الباء للإصاق وضعا والواو بدل عنه فانه للجمع ، وفي الإصاق معنى الجمع ، والتاء بدل من الواو ، وكقولهم : تراث ، ونجاء ؛ فلما كانت الباء أصلا صلحت للقسم في اسم الله وسائر الأسماء ؛ وفي الكناية كقولهم : بك لأفعلن كذا ، وكون الواو بدلا عنها نقصت عنها فصلحت في الأسماء الصريحة دون الكناية ، وكون التاء بدل البدل اختصت باسم الله وحده ، ولم تصلح في غيره من الأسماء ولا في الكناية .

(١) قوله ردّ يدى ، قال في مختار الصحاح : والردّ يدى مقصور بكسر الراء والدال وتشديدها الردّ . وفي الحديث « لاردّ يدى في الصدقة » .

وَتَضْمَرُ الْحُرُوفُ فَتَقُولُ : اللهُ لَا أَفْعَلُ كَذَا ؛ وَالْيَمِينُ بِاللّهِ تَعَالَى وَيَأْسَمَاهُ ،
وَلَا يَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ إِلَّا فِيمَا يُسَمَّى بِهِ غَيْرُهُ كَالْحَكِيمِ وَالْعَلِيمِ ، وَبِصِفَاتِ
ذَاتِهِ كَعِزَّةِ اللهِ وَجَلَالِهِ ، إِلَّا وَعِلْمُ اللهِ فَلَا يَكُونُ يَمِينًا ، وَكَذَلِكَ وَرَحْمَةُ
اللهِ وَسَخَطُهُ وَغَضَبُهُ ؛

قال (وتضم الحروف فتقول : الله لأفعل كذا) ثم قد ينصب لنزع الخافض ، وقد
يخفف دلالة عليه وهو خلاف بين البصريين والكوفيين والنبي عليه الصلاة والسلام حلف
الذي طلق امرأته ألبنة « الله ما أردت بالبنة إلا واحدة » والحذف من هادة العرب تخفيفا ؛
والحلف في الإثبات أن يقول : والله لقد فعلت كذا ، أو والله لأفعلن كذا مقرونا بالتأكيد
وهو اللام والنون ، حتى لو قال : والله لأفعل كذا اليوم فلم يفعله لا تلزمه الكفارة ، لأن
الحلف في الإثبات لا يكون إلا بحرف التأكيد لغة ؛ أما في النفي يقول : والله لأفعل كذا ،
أو والله ما فعلت كذا . قال (واليمين بالله تعالى وبأوائه) لأنه يجب تعظيمه ولا يجوز هتك
حرمة اسمه أصلا ، ولأنه متعاهد متعارف ، والأيمان مبنية على العرف ، فما تعارف الناس
الحلف به يكون يمينًا ومالا فلا ، لأن قصدهم ونيتهم تنصرف إلى الحقيقة العرفية كما
ينصرف عند عدم العرف إلى الحقيقة اللغوية ، لأن الحقيقة العرفية قاضية على اللغوية لسبق
الفهم إليها . قال (ولا يحتاج إلى نية إلا فيما يسمى به غيره كالحكيم والعليم) فيحتاج إلى
النية ، وقيل لا يحتاج في جميع أسمائه ويكون حالفا ، لأن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز ،
والظاهر أنه قصد يمينًا صحيحة فيحمل عليه فيكون حالفا ، إلا أن ينوي غير الله تعالى لأنه
نوى بمحمل كلامه . وعن محمد : وأمانة الله يمين ، فلما سئل عن معناه قال : لأدرى كأنه
وجد العرب يحلفون بذلك عادة فجعله يمينًا . وعن أبي يوسف ليس يمين لاحتمال أنه أراد
الفرائض ، ذكره الطحاوي . قال (وبصفات ذاته كعزة الله وجلاله ، إلا وعلم الله فلا يكون
يمينًا ، وكذلك ورحة الله وسخطه وغضبه) ليس يمين .

اعلم أن الصفات ضربان : صفات الذات ، وصفات الفعل ، والفرق بينهما أن كل
ما يوصف به الله تعالى ، ولا يجوز أن يوصف بضده فهو من صفات ذاته ، كالقدرة
والعزة والعلم والعظمة ، وكل ما يجوز أن يوصف به وبضده فهو من صفات الفعل
كالرحمة والرأفة والسخط والغضب ؛ فما كان من صفات الذات إذا حلف به يكون يمينًا
إلا وعلم الله ، لأن صفات الله تعالى قديمة كذاته ، فما تعارف الناس الحلف به صار ملحقا
بالاسم والذات فيكون يمينًا وإلا فلا ، وعلم الله ليس بمتعارف حتى قال عامة المشايخ :
لا يكون يمينًا وإن نواه لعدم التعارف ، وعند بعضهم يكون يمينًا كغيرها من الصفات ،
ولأن صفات الذات لما لم يكن لها معنى غير الذات كان ذكرها كذكر الذات فكان قوله

وَالْحَلِيفُ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى لَيْسَ بِبَيْمِينٍ كَالنَّبِيِّ وَالْقُرْآنِ وَالْكَعْبَةِ ، وَالْبَرَاءَةُ مِنْهُ بَيْمِينٌ ،

وقدرة الله كقوله ، والله القادر ، وهو القياس في العلم لأنه من صفات الذات إلا أنه جرت العادة أن العلم يذكر ويراد به المعلوم ، ومعلوم الله تعالى غيره . قال النسفي : وهذا لا يستقيم على مذهب أهل الحق ، والصحيح أن كلها صفات الله تعالى قائمة بذاته والحلف بها حلف بالله ، والفرق الصحيح ما قاله محمد بن هذه الأشياء يراد بها غير الصفة ، فلماذا لم يصير به حالفا بالشك ، فالرحمة تذكر ويراد بها المطر والنعمة ويراد بها الجنة ، قال تعالى - في رحمة الله هم فيها خالدون - . والسخط والغضب يراد بهما ما يقع من العذاب في النار ، والرضى يراد به ما يقع من الثواب في الجنة فصار حالفا بغير الله من هذا الوجه . قال (والحلف بغير الله تعالى ليس بيمين كالنبي والقرآن والكعبة ، والبراءة منه يمين) والأصل في هذا أن الحلف بغير الله تعالى لا يجوز لما روينا ، وروى أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر يحلف بأبيه فقال « إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم ، من كان حالفا فليحلف بالله أو فليصمت » وروى « من حلف بغير الله فقد أشرك » ولأن الحلف تعظيم المحلوف به ولا يستحقه إلا الله تعالى ، وإذا لم يجز الحلف بغير الله تعالى لا يلزمه به كفارة لأنه ليس بيمين ، ولم يهتك حرمة منع من هتكها على التأييد ويدخل في ذلك ما ذكرنا ، أما البى والكعبة فظاهر ؛ وأما القرآن فهو المجموع المكتوب في المصحف بالعربية لأنه من القرء وهو الجمع وأنه يقتضى الضم والتركيب وذلك من صفات الحادث فيكون غير الله تعالى وغير صفاته ، لأن صفاته قائمة بذاته أزلية كهو ، حتى لو حلف بكلام الله كان يمينا لأن كلامه صفة قائمة بذاته لا يوصف بشيء من اللغات ، لأن اللغات كلها محدثة مخلوقة أو اصطلاحية على الاختلاف فلا يجوز أن تكون قديمة ، بل هي عبارة عن القديم الذي هو كلام الله تعالى هذا مذهب أهل السنة والجماعة من أصحابنا . وكذلك دين الله وطاعة الله وشرائعه وأنبيائه وملائكته وعرشه وحدوده والصلاة والصوم والحج والبيت والكعبة والصفاء والمروة والحجر الأسود والقبر والمنبر لأن جميع ذلك غير الله تعالى ، قال عليه الصلاة والسلام « لا تحلفوا بآبائكم ولا بالطواغيت ولا بحد من حدود الله ولا تحلفوا إلا بالله » قال أبو حنيفة : لا يحلف إلا بالله متجردا بالتوحيد والإخلاص . وأما البراءة من ذلك فيمين كقوله : إن فعلت كذا فأنا برىء من القرآن أو من الكعبة أو من هذه القبلة أو من النبي ، لأن البراءة من هذه الأشياء كفر ؛ وكذا إذا قال : أنا برىء مما في المصحف أو من صوم رمضان أو من الصلاة أو من الحج ، وأصله أن كل ما يكون اعتقاده كفرا ولا تحله الشريعة ففيه الكفارة إذا حث ، لأن الكفر لا يجوز استباحته على التأييد لحق الله تعالى فصار كحرمة اسمه ، ومن

وَحَقُّ اللَّهِ لَيْسَ بِيَمِينٍ ، وَالْحَقُّ يَمِينٌ ، وَلَوْ قَالَ : إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيْهِ
لَعَنَهُ اللَّهُ ، أَوْ هُوَ زَانٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ فَلَئْسَ بِيَمِينٍ ، وَلَوْ قَالَ : هُوَ يَهُودِيٌّ
أَوْ نَصْرَانِيٌّ فَهُوَ يَمِينٌ ، وَلَوْ قَالَ : لَعَمْرُ اللَّهِ ، أَوْ وَآيِمِ اللَّهِ ، أَوْ وَعَهْدِ اللَّهِ ،
أَوْ وَمِيثَاقِهِ ، أَوْ عَلَى نَذْرٍ ، أَوْ نَذَرُ اللَّهِ فَهُوَ يَمِينٌ ، وَلَوْ قَالَ : أَحْلِفُ ، أَوْ
أُقْسِمُ ، أَوْ أَشْهَدُ ، أَوْ زَادَ فِيهَا ذِكْرَ اللَّهِ تَعَالَى فَهُوَ يَمِينٌ ؛

هذا أنا أعبد الصليب أو أعبد من دون الله إن فعلت كذا ؛ ولو قال الطالب الغالب : إن
فعلت كذا فهو يمين للعرف ، ولو قال (وحقّ الله ليس يمين) وروى عن أبي يوسف أنه
يمين ، لأن الحق من صفات الله تعالى وهو حقيقة كأنه قال : والله الحق ؛ ولأن الحلف به
معتاد وهو المختار اعتبارا للعرف ، ولهما ما روى « أن رسول الله عليه الصلاة والسلام سئل
عن حقّ الله تعالى على عباده ؟ فقال : أن تعبدوه ولا تشركوا به شيئا » فصار كقوله
والطاعات والعبادات ، ولو قال كذلك ليس يمين . قال (والحق يمين) لأنه من أسماء الله
تعالى ، ولو قال حقا لا يكون يميناً لأنه يراد به تأكيد الكلام وتحقيق الوعد . وقال الطحاوي :
حقا كقوله واجبا على فهو يمين . قال (ولو قال : إِنْ فَعَلْتُ كَذَا فَعَلَيْهِ لَعَنَهُ اللَّهُ أَوْ هُوَ
زَانٍ أَوْ شَارِبُ خَمْرٍ فَلَيْسَ بِيَمِينٍ) وكذلك غضب الله وسخط الله عليه لأنه غير متعارف
في الإيمان (ولو قال : هُوَ يَهُودِيٌّ أَوْ نَصْرَانِيٌّ فَهُوَ يَمِينٌ) لقول ابن عباس : من حلف
باليهودية والنصرانية فهو يمين ، ولأنه لما جعل الشرط دليلا على الكفر فقد اعتقد الشرط واجب
الامتناع ، وقد أمكن جعله واجبا لغيره بجعله يميناً كما قلنا في تحريم الحلال ، ولو قال ذلك
لشيء فعله فهو غموس ، ثم قيل لا يكفر اعتبارا بالمستقبل ، وقيل يكفر كأنه قال هو يهودي
إذا التعلّق بالماضى باطل ؛ والصحيح أنه إن علم أنه يمين لا يكفر فيها وإن كان يعتقد أن
يكفر بالحنث يكفر فيهما ، لأنه لما أقدم على الحنث فقد رضى بالكفر وعلى هذا هو
مجوسى أو كافر ونحوه . قال (ولو قال : لعمر الله . أو وآيم الله ، أو وعهد الله
أو وميثاقه أو على نذر . أو نذر الله فهو يمين) أما عمر الله فهو بقاء والبقاء من
صفات الله ، ولأن الله تعالى أفسه به فقال - لعمرك - إنهم لفي سكرتهم يعمهون - وأما وآيم
الله فعناه أيمن الله وهو جمع يمين وأنه متعارف ، وآيم عهد الله فلقوله تعالى - وأوفوا بعهد
الله إذا عاهدتم - ثم قال - ولا تنقضوا الإيمان - سمي العهد يميناً . والميثاق هو العهد عرفاً
والنذر يمين . قال عليه الصلاة والسلام « النذر يمين وكفارته كفارة يمين » . وقال عليه
الصلاة والسلام « من نذر نذراً وسماه فعلية الوفاء به . ومن نذر ولم يسم فعلية كفارة يمين
قال (ولو قال : أحلف ، أو أقسم ، أو أشهد ، أو زاد فيها ذكر الله تعالى فهو يمين
وكذا قوله أعزم ، أو أعزم بالله ، أو على يمين ، أو يمين الله . وعن محمد : إذا قال أعزم

وَمَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ مَا يَمْلِكُهُ فَإِنْ اسْتَبَاحَهُ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ،
وَلَوْ قَالَ : كُلُّ حَلَالٍ عَلَى حَرَامٍ فَهُوَ عَلَى الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ إِلَّا أَنْ يَنْوِي
غَيْرَهُمَا ،

أو أعزم بالله لأعرفه عن أبي حنيفة . وقال زفر : أحلف وأقسم وأشهد لا يكون يمينًا إلا
أن يذكر اسم الله تعالى لأنه احتمال الحلف والقسم بالله ، ويحتمل بغيره فلا يكون يمينًا بالشك
ولنا قوله تعالى - يحلفون لكم لترضوا عنهم - وقال - قالوا نشهد إنك لرسول الله - ثم قال
- اتخذوا أيمانهم جنة - وقال - إذا أقسموا ليعصرنهم مصبحين ولا يستثنون - قال محمد :
لا يكون الاستثناء في اليمين ، ولأن حذف بعض الكلام جائز عند العرب تخفيفًا ، ولأن ذلك
كالمعلوم لأن الحلف لا يكون إلا بالله فكأنهم ذكروه ، وأما أعزم أو أعزم بالله فالعزم
هو الإيجاب ، قال تعالى - وإن عزموا الطلاق - والإيجاب هو اليمين . وقول محمد لأعرفه
عن أبي حنيفة فقد رواه عنه الحسن ، وأما على يمين أو يمين الله فلا أنه تصريح بإيجاب
اليمين عليه ، واليمين لا يكون إلا بالله وهو معتاد عند العرب . قال

- فقالت يمين الله مالك حيلة - ووجه الله يمين ، رواه ابن سماعة عن أبي يوسف
عن أبي حنيفة رحمه الله لأنه يذكر ويراد به الذات ، قال تعالى - ويبقى وجه ربك - وقال
- كل شيء هالك إلا وجهه - . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه ليس يمين لعدم العرف
بذلك ولأنه يذكر ويراد به غير الله تعالى ، يقال : فعله ابتغاء وجه الله تعالى : أى وإبه
فلا يكون يمينًا بالشك . وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة رحمه الله أنها من أيمان السفلة :
يعنى أنهم يقصدون الجارحة فيكون يمينًا بغير الله تعالى . قال (ومن حرم على نفسه ما يملكه
فإن استباحه أو شيئًا منه لزمته الكفارة) وذلك مثل قوله : مالى على حرام أو ثوبى أو جاريتى
فلانة أو ركوب هذه الدابة ونحوه ، قال عليه الصلاة والسلام « تحريم الحلال يمين وكفارته
كفارة يمين » ولأنه أخبر عن حرمة عليه فقد منع نفسه عنه وأمكن جعله حرامًا لغيره
بإثبات موجب اليمين ، لأن اليمين أيضًا يمنعه عنه فيجعل كذلك تحرزًا عن إلغاء كلامه ،
وهذا أولى من الحرمة المؤبدة ، لأن له نظيرًا في الشرع وهو أرفق ، ثم الحرمة تتناول الكل
جزءًا جزءًا ، فأى جزء استباح منه حنث ، كقوله : لأشرب الماء ، ولو وهبه أو تصدق
به لاحنث عليه ، لأن المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفًا لا حرمة الصدقة والهبة . قال
(ولو قال : كل حلال على حرام فهو على الطعام والشراب إلا أن ينوى غيرهما) وقال
زفر : يحنث كما فرغ لأنه باشر فعلا حلالا وهو النفس . ولنا أن المقصود البر ولا يحصل
على اعتبار العموم فيسقط العموم فينصرف إلى الطعام والشراب لأنه يستعمل فيما يتناول
عادة . ولو نوى امرأته دخلت مع المأكول والمشروب وصار موليا ، وإن نوى امرأته

وَمَنْ حَلَفَ حَالَةَ الْكُفْرِ لَا كَفَّارَةَ فِي حِنْثِهِ ؛ وَمَنْ قَالَ : إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ .

فصل

حَلَفَ لَا يَخْرُجُ ، فَأَمَرَ رَجُلًا فَأَخْرَجَهُ حِنْثَ ، وَإِنْ أَخْرَجَهُ مُكْرَهَا لَا يَحْنُثُ .

وحدها صدق ولا يحنث بالأكل والشرب . قال مشايخنا هذا في عرفهم ، أما في عرفنا يكون طلاقا عرفا ، ويقع بغير نية لأنهم تعارفوه فصار كالصريح وعليه الفتوى ؛ ولو قال : مال فلان على حرام فأكله أو أنفق حنث إلا أن ينوى أنه لا يحل لي لأنه حرام فلا حنث عليه ؛ ولو حلف لا يرتكب حراما فهو على الزنا ، وإن كان مجبوبا فعلى القبلة الحرام وأشباهاها ؛ ولو حلف لا يطيأ حراما فوطئ امرأته حالة الحيض والظهار لم يحنث إلا أن ينويه ، لأن الحرمة لعارض لأن الوطء حرام في نفسه . قال (ومن حلف حالة الكفر لا كفارة في حنثه) لأن الكافر ليس بأهل لليمين لأنها تعظيم الله تعالى ولا تعظيم مع الكفر وليس أهلا للكفارة لأنها عبادة حتى تتأدى بالصوم وليس من أهلها وتبطل اليمين بالردة ، فلو أسلم بعدها لا يلزمه حكمها لأن الردة تبطل الأعمال . قال (ومن قال : إِنْ شَاءَ اللَّهُ مُتَّصِلًا بِيَمِينِهِ فَلَا حِنْثَ عَلَيْهِ) وقد مر في الطلاق ، ولا بد من الاتصال لأن بالسكوت يتم الكلام فلا استثناء بعده يكون رجوعا ولا رجوع في اليمين .

فصل

الخروج : هو الانفصال من الداخل إلى الخارج ؛ والدخول : الانفصال من الخارج إلى الداخل ، فعلى أي وصف وجد كان خروجا ، سواء كان راكبا أو ماشيا من الباب أو من السطح أو من ثقب في الحائط أو تسور الحائط ، إلا أن يقول من باب الدار فلا يحنث إلا بالخروج من الباب . قال (حلف لا يخرج فأمر رجلا فأخْرَجَهُ حِنْثَ) لأن الفعل مضاف إليه بالأمر كما إذا ركب دابة فخرجت به (وإن أَخْرَجَهُ مُكْرَهَا لَا يَحْنُثُ) لعدم إضافة الفعل إليه لعدم الأمر وهو مخرج وليس بخارج . وقيل إن قدر على الامتناع حنث عند محمد لأنه لما لم يمتنع مع القدرة صار كأنه فعل الدخول كركوب الدابة . وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحنث وهو الصحيح لأنه ليس بداخل . وروى محمد عن أبي يوسف لو حمله برضاه لا بأمره لا يحنث لأنه ليس بفاعل للدخول ، واليمين منعقدة على الفعل دون الرضا والإرادة أو نقول الفعل إنما يضاف إليه بأمره . وقيل يحنث والحلف على الدخول على هذه الوجوه .

حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَّا إِلَى جَنَازَةٍ فَخَرَجَ إِلَيْهَا ثُمَّ أَتَى حَاجَةَ أُخْرَى لَمْ يَحْنُثْ .
حَلَفَ لَا يَخْرُجُ إِلَى مَكَّةَ فَخَرَجَ يُرِيدُهَا ثُمَّ رَجَعَ حَنْثٌ ، وَكَذَلِكَ الذَّهَابُ
فِي الْأَصَحِّ ، وَفِي الْإِتْيَانِ لَا يَحْنُثُ حَتَّى يَدْخُلَهَا . حَلَفَ لَا تَدْخُلُ أَمْرَأَتُهُ إِلَّا
بِإِذْنِهِ فَلَا بُدَّ مِنَ الْإِذْنِ فِي كُلِّ مَرَّةٍ ، وَلَوْ قَالَ : إِلَّا أَنْ آذَنَ لَكَ بِكَفْيِهِ
إِذْنٌ وَاحِدٌ .

قال (حلف لا يخرج إلا إلى جنازة فخرج إليها ثم أتى حاجة أخرى لم يحنث) لأنه لم يوجد الخروج لغير ما حلف عليه ، وإنما خرج إلى الجنازة وأنه مستثنى من العيّن ، والإتيان بعد ذلك ليس بخروج (حلف لا يخرج إلى مكة فخرج يريد لها ثم رجع حنث) لوجود الخروج قاصدا إليها . قال (وكذلك الذهاب في الأصح) لأنه عبارة عن الانتقال والذهاب من موضعه ، قال تعالى - إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت - أي يزيله عنكم فأشبهه الخروج (وفي الإتيان لا يحنث حتى يدخلها) لأن الإتيان الوصول ، قال تعالى - فأتيا فرعون - والمراد الوصول إليه ، ويقال في العرف : خرجت إلى بلد كذا ولم آت : أي قصدته بالخروج ولم أصل إليه ، والذهاب كالخروج في الاستعمال أيضا . حلف لا يخرج من هذا البيت فأخرج يديه وقدميه وهو قاعد لم يحنث لأنه لا يسمى خارجا ؛ ولو كان مستلقيا على ظهره أو بطنه أو على جنبه يحنث بخروج أكثر جسده لإقامة للأكثر مقام الكل . وعن أبي يوسف فيمن حلف لا يخرج من دار كذا فهو على الخروج ببذنه ؛ ولو قال : من هذه الدار فهو على النقلة ببذنه وأهله هذا هو العرف ؛ ولو حلف على أمرته أن لا يخرج في غير حق فهو ما يعده الناس حقا في استعمالهم دون الواجب كزيارة الوالدين وذوي الأرحام وأعراسهم وعبادتهم ونحوه . وعن أبي يوسف حلف لا يخرج إلا إلى أهلها فأبواها لغير ، فإن عدما فكل ذي رحم محرم منها وأمها المطلقة أهلها ، فإن كان أبوها متزوجا بغير أمها وأمها كذلك فأهل منزل أبيها لا منزل أمها . حلف لا يخرج إلى بغداد فخرج من بيته لا يحنث ما لم يجاوز العمران قاصدا بغداد ، بخلاف الخروج إلى الجنازة حيث يحنث بنفس الخروج ، لأن الخروج إلى بغداد سفر ، ولا سفر حتى يجاوز العمران ، ولا كذلك الخروج إلى الجنازة (حلف لا تدخل امرأته إلا بإذنه فلا بد من الإذن في كل مرة) لأن النهي يتناول عموم الدخولات إلا دخلة مقرونة بإذنه فصار كقوله : إلا راكبة ، وإلا متقبعة فانه يشترط ذلك في كل مرة كذا هذا ، ولو نوى الإذن مرة صدق لأنه محتمل كلامه . وعن أبي يوسف أنه لا يصدق قضاء لأنه خلاف الظاهر ، وكذلك العيّن على الخروج ؛ ولو قال : كلما أردت فخرجت مرة بعد أخرى لا يحنث ، وإن نهاها بعد ذلك فخرجت حنث (ولو قال : إلا أن آذن لك يكفيه إذن واحد) وكذلك حتى آذن لك لأنه جعل

حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ فَصَارَتْ صَحْرَاءَ وَدَخَلَهَا حَنْثٌ ؛ وَلَوْ قَالَ : دَارًا
لَمْ يَحْنَثْ ، وَفِي الْبَيْتِ لَا يَحْنَثُ فِي الْوَجْهَيْنِ . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ بَيْتَنَا لَمْ
يَحْنَثْ بِالْكَعْبَةِ وَالْمَسْجِدِ وَالْبَيْعَةِ وَالْكَنِيسَةِ . حَلَفَ لَا يَدْخُلُ هَذِهِ الدَّارَ
فَقَامَ عَلَى سَطْحِهَا حَنْثٌ ، وَلَوْ دَخَلَ دَهْلِيزَهَا إِنْ كَانَ لَوْ أَغْلَقَ الْبَابُ

الإذن غاية ليمينه لأنها كلمة الغاية فانتبه اليين لوجود الغاية ؛ ولو أذن لها وهى نائمة صح
كما لو كانت صماء ، وقيل لا يصح لعدم حصول العلم ؛ ولو أذن لها ولم تعلم فدخلت حنث
قال أبو يوسف : لا يحنث لأن الإذن إطلاق وإنه يتم بالإذن كالرضى . ولهما أن الإذن
هو الإعلام ولم يوجد لأنه لا يتحقق الإعلام بدون العلم والإفهام ، بخلاف الرضى فيما إذا
قال إلا برضاى ، ثم قال رضيت ولم تسمع ، لأن الرضى إزالة الكراهة وأنه يتحقق بدون
السمع والعلم لأنه فعل القلب ؛ ولو قال : إلا بأمرى فأمرها ولم تسمع فدخلت حنث
بالإجماع ، لأن الأمر إلزام الأمور فلا بد من السماع كأوامر الشرع . حلف لا يخرج بغير
علمه فخرج وهو يراها فلم يمنعها لم يحنث ، فإن أذن لها بالخروج فخرجت بغير علمه .
قال محمد : لا يحنث لأنه لما أذن لها فقد علم أنها تخرج فكان الخروج بعلمه . قال (حلف
لا يدخل هذه الدار فصارت صحراء ودخلها حنث ؛ ولو قال دارا لم يحنث ، وفي البيت
لا يحنث في الوجهين) لأن الدار اسم للعرصة حقيقة وعرفا ، والبناء صفة فيها ، لأن قوام
البناء بالعرصة ، ولهذا يتطلق اسم الدار عليها بعد ذهاب البناء ، وفي أشعار العرب في نديهم
الدور الدارسة أقوى شاهد ، غير أن الوصف معتبر في الغائب وهو منكر لغو في الحاضر
لحصول التمرير بالإشارة على ما عرف ؛ وأما البيت فهو اسم لما يبات فيه ، والعرصة
إنما تصير ضالحة للبيت بالبناء وأنه لا يبقى بعد زواله حتى قالوا : لو خرب السقف وبقيت
الحيطان يحنث لإمكان البيت فيه ؛ ولو بنى البيت بعد ما أنهدم لم يحنث بدخوله وفي الدار
يحنث لزوال اسم البيت بعد الانهدام وبقاء اسم الدار على ما بينا ؛ ولو جعلت الدار بستانا
أو حماما أو مسجدا أو بيتا فدخله لم يحنث لتبدل الاسم والصفة باعتراض اسم آخر وصفة
أخرى ، وكذا لو صارت بحرا أو نهرا ، وكذا لو بنيت دارا أخرى بعد البستان والحمام
لا يحنث لما بينا . قال (حلف لا يدخل بيتا لم يحنث بالكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة)
لعدم إطلاق اسم البيت عليها عرفا ، ولما بينا أنه اسم لما يبات فيه وأعد للبيتوتة ، وهذا
المعنى معدوم فيها . حلف لا يدخل دار فلان وهما في سفر على الخيمة والفسطاط والقبة
في كل منزل ، فإن نوى أحد هذه الأشياء صدق ديانة لا قضاء . قال (حلف لا يدخل هذه
الدار فقام على سطحها حنث) لأنه من الدار كسطح المسجد في حق المعتكف ، وكل موضع
إذا أغلق الباب لا يمكنه الخروج فهو من الدار (ولو دخل دهليزها إن كان له أغلق الباب

كَانَ دَاخِلًا حَنِثَ وَإِلَّا فَلَا ، وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ لَمْ يَحْنَثْ بِالْقُعُودِ .

فصل

حَلَفَ لَا يَلْبَسُ هَذَا الثَّوْبَ وَهُوَ لَا يَبْسُهُ فَنَزَعَهُ لِلْحَالِ لَمْ يَحْنَثْ ، وَإِنْ لَبِثَ سَاعَةً حَنِثَ ، وَكَذَلِكَ رُكُوبُ الدَّابَّةِ وَسُكْنَى الدَّارِ . حَلَفَ لَا يَسْكُنُ هَذِهِ الدَّارَ فَلَا بُدَّ مِنْ خُرُوجِهِ بِأَهْلِهِ وَمَتَاعِهِ أَجْمَعٍ .

كان داخلا حنث (لأنه من الدار (وإلا فلا) لأنه ليس من الدار ، ولو أدخل أحد رجله دون الأخرى إن استوى الجانبان أو كان الجانب الآخر أسفل لا يحنث ، وإن كان الجانب الداخل أسفل حنث ، لأن اعتماد جميع بدنه يكون على رجله الداخلة فيكون داخلا (ولو كان في الدار لم يحنث بالقيود) لأنه لم يوجد منه الدخول على ما ذكرنا بعد اليمين . حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل بيتا هو ساكنه حنث ، سواء كان ملكه أو لم يكن لأنه يضاف إليه عرفا ، بخلاف ما إذا حلف لا يركب دابة فلان أو لا يستخدم عبده حيث لا يحنث بالعبد والدابة المستأجرين فإنه لا يضاف إليه عادة . ولو دخل دارا هي ملك فلان يسكنها غيره في رواية لا يحنث لأن الإضافة بالسكنى ، وعن محمد أنه يحنث لأنها مضافة إلى المالك بملك الرقبة وإلى المستأجر بملك المنفعة وكلاهما حقيقة . حلف لا يدخل دار فلان فدخل دارا مشتركة بينه وبين فلان وفلان ساكنها لا يحنث ، وإن حلف لا يزرع أرضه فزرع أرضا مشتركة حنث لأن كل جزء من الأرض أرض وليس بعض الدار دارا تسمية وعرفا . حلف لا يدخل دار فلانة فدخل دارها وزوجها يسكنها لا يحنث لأن الدار تنسب إلى الساكن . حلف لا يدخل دار فلان وله دار يسكنها ودار غلة فدخل دار الغلة لا يحنث . حلف لا يدخل دار فدخل بستانا في تلك الدار ، إن كان متصلا بها لم يحنث ، وإن كان في وسطها حنث .

فصل

(حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لا يلبسه فنزعه للحال لم يحنث ، وإن لبث ساعة حنث ، وكذلك ركوب الدابة وسكنى الدار) وقال زفر : يحنث في الوجهين لوجود المحلوف عليه وإن قل . ولنا أن زمان تحقق البر مستثنى لأن اليمين تعقد للبر ، بخلاف ما إذا لبث على تلك الحالة لأنه يسمى لا بسا وراكبا وساكننا فيتحقق الشرط فيحنث (حلف لا يسكن هذه الدار فلا بد من خروجه بأهله ومتاعه أجمع) لأن السكنى الكون في المكان على طريق الاستقرار ، حتى إن من جلس في مسجد أو خان أو بات فيهما لا يعد ساكنا ، والسكنى على وجه الاستقرار إنما تكون بالأهل والمتاع والأثاث ، فإن الرجل يعد ساكنا في الدار

قال له : اجلس فتغدى عندى ، فقال : إن تغديت فعبدى حر ، فرجع وتغدى فى بيته لم يحنث . ولو أرادت الخروج فقال لها : إن خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم تطلق ،

باعتبار أهله ، يقال فلان يسكن فى محلة كذا أو سكة كذا أو داركذا وأكثر نهاره فى السوق فهما بقى فى الدار شىء من ذلك فالسكنى باقية ، لأن السكنى تثبت بجميع ذلك فلا تنتفى إلا بنى الكل حتى قال أبو حنيفة : لو بقى وتد حنث لما قلنا ؛ وعنه لو بقى ما لا يعتد به كالمكنسة والوتد لم يحنث لانتهاء اسم السكنى بذلك . وأبو يوسف اعتبر الأكثر إقامة له مقام الكل ، ولأنه قد يعتد بنقل الكل . ومحمد اعتبر نقل ما لا بد منه فى البيت من آلات الاستعمال دون ما لاحاجة إليه فى الاستعمال ، وقد استحسنوا ذلك لأنه أرفق بالناس ؛ ولو كان غنيا فأخذ فى نقل الأمتعة من حين حلف حتى بقى على ذلك شهرا لم يحنث هكذا روى عن محمد ؛ وكذلك لو كان فى طلب مسكن آخر أياما حتى وجده لم يحنث إذا لم يترك الطلب فى هذه الأيام وينبغى أن ينتقل إلى منزل آخر بلا تأخير ، ولو انتقل إلى السكة أو إلى المسجد قيل يبر كما فى منزل آخر ، وقيل يحنث لأنه لما لم يتخذوطنا آخر بقى وطنه الأول كالمسافر إذا خرج بعياله من مصره ، فما لم يتخذوطنا آخر حتى مر بمصره أتم الصلاة لأن وطنه لم يتغير كذا هذا . وذكر أبو الليث : لو انتقل إلى السكة وسلم الدار إلى صاحبها أو آجرها وسلمها بر فى يمينه ، وإن لم يتخذ دارا أخرى لأنه لم يبق ساكنا . ولو حلف لا يسكن فى هذا المصر فانتقل بنفسه وترك أهله ومناعه لم يحنث ، لأن الرجل يكون أهله فى مصر وهو ساكن فى مصر آخر ، والقرية بمنزلة الدار ، والمختار أنها بمنزلة المصر قال له : اجلس فتغدى عندى ، فقال : إن تغديت فعبدى حر ، فرجع وتغدى فى بيته لم يحنث ، ولو أرادت الخروج فقال لها : : إن خرجت فأنت طالق ، فجلست ثم خرجت لم تطلق (وكذا لو أراد ضرب عبده فقال له آخر : إن ضربته فعبدى حر ، فركه ثم ضربه لم يعتق ؛ وهذه تسمى يمين الفور ، وأول من أظهرها أبو حنيفة ، ووجهه أن المقصود هو الامتناع عن الغداء المدعو إليه وهو الغداء عنده ، لأن الجواب يطابق السؤال ، وكذلك قصده منعها عن الخروج الذى همت به والضرب الذى هم وبذلك يشهد العرف والعادة . وعن محمد : لو قال : إن ضربتنى فلم أضربك ، أو إن لقيتك فلم أسلم عليك ، أو إن كلمتنى فلم أجبك ، أو إن استعرت دابتك فلم تعرنى ، أو إن دخلت الدار فلم أقعد ، أو إن ركبت دابتك فلم أعطك دابتي فهو على الفور اعتبارا للعرف ، وهكذا الحكم فى نظائره . ولو أراد أن يجمع امرأته فلم تطاوعه فقال : إن لم تدخلنى معى البيت فأنت طالق ، فدخلت بعد ما سكنت شهوته طلقت ، لأن مقصوده الدخول لقضاء الشهوة وقد فات فصار شرط الحنث عدم

وَمَنْ حَلَفَ لَا يَرْكَبُ دَابَّةَ فُلَانٍ فَرَكِبَ دَابَّةَ عَبْدِهِ الْمَأْذُونُ كَمْ يَحْنَثُ
مَدْيُونًا كَانَ أَوْ غَيْرَ مَدْيُونٍ . حَلَفَ لَا يَتَكَلَّمُ فَقَرَأَ الْقُرْآنَ أَوْ سَبَّحَ أَوْ هَلَّلَ
كَمْ يَحْنَثُ . حَلَفَ لَا يَكْلِمُهُ شَهْرًا فَمِنْ حِينَ خَلَفَ . حَلَفَ لَا يَكْلِمُهُ فَكَلَّمَهُ
بِحَيْثُ يَسْمَعُ إِلَّا أَنَّهُ نَأِثُ حَنْثَ ،

الدخول لقضاء الشهوة وقد وجد . قال (ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة عبده
المأذون لم يحنث مديونا كان أو غير مديون) عند أبي حنيفة ، أما إذا كان مستغرقا بالديون
فلأن عنده لملك للمولى فيه على ما عرف في بابه ، وأما إذا لم يكن مستغرقا أو لم يكن عليه
دين فإن الملك وإن كان للمولى فإنه يضاف إلى العبد فلا يحنث إلا أن ينويه لاختلال
الإضافة إلى المولى . وقال أبو يوسف : يحنث في جميع ذلك إذا نواه . وعند محمد يحنث
بدون النية ، لأن الملك عندهما للمولى وإن كان مديونا ، إلا أن أبا يوسف يقول : الإضافة
إلى المولى اختلت فاحتاج إلى النية . حلف لا يأكل من كسب فلان فهو ماله صنع في اكتسابه
وذلك فيما ملكه بفعله كالقبول في العقود كالبيع والشراء أو الإجارة والهبة والصدقة والوصية
ونحوها وأخذ المباحات . فأما الميراث فيدخل في ملكه بغير فعله فلا يكون كسبه . ولو مات
المخلوف عليه وانتقل كسبه إلى وارثه فأكله الخالف حنث لأنه كسبه ولم يعترض عليه
كسب ، ولو انتقل إلى غيره بغير الميراث لم يحنث لأنه صار كسب الثاني ؛ وكذلك لو قال :
لا تأكل مما تملك أو مما ملكت أو من ملكك ، فإذا خرج من ملك المخلوف عليه إلى ملك
غيره فأكل منه الخالف لم يحنث ، لأن الملك إذا تجدد على عين بطلت الإضافة الأولى
وصار ملكا للثاني ؛ وكذا لو حلف لا يأكل كل من ميراث فلان فأتى فأكلم من ميراثه حنث ؛
وإن مات وارثه فانتقل إلى وارثه لم يحنث ، لأن الميراث الآخر نسخ الميراث الأول فبطلت
الإضافة إلى الأول . قال (حلف لا يتكلم فقرا القرآن أو سبح أو هلى لم يحنث) لأن مبنى
الأيمان على العرف ، يقال : ما تكلم وإنما قرأ أو سبح ، والقياس أن يحنث فيهما لأنه كلام
لأن الكلام ما ينطق بالحرس والسكوت ، وجوابه ما قلنا ؛ وقيل لا يحنث في الصلاة ويحنث
خارجها ، لأن الكلام في الصلاة مفسد فلم يجعل كلاما ضرورة ، ولا ضرورة خارج
الصلاة . قال أبو الليث : إن حلف بالعربية فكذلك ، وإن حلف بالفارسية لا يحنث فيهما
لأنه لا يسمى متكلمًا . قال (حلف لا يكلمه شهرا فمن حين حلف) لأنه لو لم يذكر الشهر
تأبدت اليمين ، فلما ذكر الشهر خرج ما وراءه عن اليمين وبقى الشهر ، وكذلك الإجارة ،
بخلاف الصوم لأنه لو لم يذكر الشهر لا يتأبد فكان التعيين إليه . قال (حلف لا يكلمه فكلمه
بحيث يسمع إلا أنه نأث حنث) وكذا لو كان أصم لأنه كلمه ووصل إلى سمعه وعدم فهمه
لنومه وصممه ، فصار كما إذا كان متغافلا أو مجنونا . وفي رواية : اشترط أن يوقظه ،

وَلَوْ كَلَّمْ غَيْرَهُ وَقَصَدَ أَنْ يَسْمَعَ لَمْ يَحْنَثْ ؛ وَلَوْ سَلَّمَ عَلَى جَمَاعَةٍ هُوَ فِيهِمْ حَنْثٌ ، وَإِنْ نَوَاهُمْ دُونَهُ لَمْ يَحْنَثْ .

لأنه إذا أيقظه فقد أسمعته ، ولوناداه من حيث لا يسمع في مثله الصمت لا يحنث ، وكذلك إن كان بعيدا لو أصغى إليه لا يسمع لا يحنث ، لأن المكاملة عبارة عن الاستماع إلا أنه باطن فأقيم السبب المفضى إلى السماع مقامه ، وهو ما لو أصغى إليه سمع ؛ ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال : من وضع هذا ؟ أو من أين هذا ؟ حنث لأنه كلام له بطريق الاستفهام ؛ ولو قال : ليت شعري من وضع هذا ؟ لا يحنث لأنه مخاطب لنفسه ، ولو كان في الدار آخر لا يحنث في المستثنين (ولو كلم غيره وقصد أن يسمع لم يحنث) لأنه لم يكلمه حقيقة (ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث) لأن السلام كلام للجميع (وإن نواههم دونه لم يحنث) ديانة لعدم القصد ولا يصدق قضاء ، لأن الظاهر أنه للجماعة ، والنية لا يطلع عليها الحاكم ، ولو كتب إليه أو أشار أو أرسل إليه لم يحنث لأنه ليس بكلام ، لأن الكلام اسم لحروف منظومة مفهومة بأصوات مسموعة ولم توجد ، ولو كان الخالف إماما فسلم والمحلوف عليه خلفه لا يحنث بالتسليمتين لأنهما من أفعال الصلاة وليس بكلام ، ولو كان الخالف هو المؤتم فكذلك. وعن محمد يحنث لأنه يصير خارجا عن صلاة الإمام بسلامه خلافا لهما ؛ ولو سبح به في الصلاة أو فتح عليه لم يحنث وخارج الصلاة يحنث ؛ ولو قرع المحلوف عليه الباب ، فقال الخالف : من هذا ؟ ذكر القدوري أنه يحنث . وقال أبو الليث : إن قال بالفارسية : كيست (١) لا يحنث لأنه ليس بخطاب له ، وإن قال : كي تو (٢) يحنث لأنه خطاب له وهو المختار ؛ ولو قال ليلا : لا أكلم فلانا يوما فهو من حين حلف إلى غروب الشمس من الغد ، وكذلك لو قال نهرا : لا أكلمه ليلة فن حين حلف إلى طلوع الفجر من الغد ، لأن اليمين إذا تعلقت بوقت مطلق فابتدأها عقيب اليمين كالإيلاء ، ولأن كل حكم تعلق بمدة لأعلى طريق القرية اختص بعقيب السبب كالإجارة ؛ ولو حلف في بعض اليوم لا يكلمه يوما فهو على بقية اليوم واللييلة إلى مثل تلك الساعة من الغد ؛ وكذلك لو حلف في بعض الليل لا يكلمه ليلة فن حين حلف إلى مثل تلك الساعة من اللييلة المقبلة ، لأنه حلف على يوم منكر فلا بد من تمامه ، وذلك من اليوم الذي يليه فتدخل اللييلة ضرورة تبعا ؛ ولو قال في بعض اليوم : لا أكلمه اليوم فعلى باقي اليوم ، وكذا في اللييلة لأنه حلف على زمان معين فتعلق بما بقي منه ، إذ هو المراد ظاهرا وعرفا ، لأن ما مضى منه خرج

(١) كيست معناه : من .

(٢) قوله كي تو ، معناه : أنت من .

حَلَفَ لَا يَكْلَمُ عَبْدَ فُلَانٍ يُعْتَبَرُ مِلْكُهُ يَوْمَ الْحَنْثِ لَا يَوْمَ الْحَلْفِ ، وَكَذَا الثُّوبُ وَالْدَّارُ ؛ وَلَوْ قَالَ : عَبْدَ فُلَانٍ هَذَا ، أَوْ دَارَهُ هَذِهِ لَا يَحْنُثُ بَعْدَ الْبَيْعِ ، وَفِي الصَّدِيقِ وَالزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ يَحْنُثُ بَعْدَ الْمُعَادَاةِ وَالْفِرَاقِ .

عن الإرادة ضرورة . قال (حلف لا يكلم عبد فلان يعتبر ملكه يوم الحنث لا يوم الحلف ، وكذا الثوب والدار) لأن اليمين عقدت على ملك مضاف إلى فلان ، فإذا وجدت الإضافة حنث وإلا فلا ، ولأن اليمين للمنع عن الحنث فيعتبر وقت الحنث (ولو قال : عبد فلان هذا أو داره هذه لا يحنث بعد البيع) لانقطاع الإضافة ولا تعادى لذاتها لسقوط عبرتها إلا أن ينوى عنها للتشاؤم على ما ورد به الحديث (١) (وفي الصديق والزوج والزوجة يحنث بعد المعاداة والفراق) لأن الزوجة والصديق يقصدان بالهجرة لأذى من جهتهما ، فكانت الإضافة للتعريف وكانت الإشارة أولى . وقال محمد : يحنث في العبد أيضا إذا كان معينا ، لأن المنع قد يكون لعينه وقد يكون لمالكة فيتعلق اليمين بهما ؛ وإن أطلق اليمين في الزوجة والصديق لم يحنث عند أبي حنيفة وحنث عند محمد لأن المانع أذى من جهتهما . ولأبي حنيفة أن هذه الإضافة تحتمل التعريف دون الهجران ، ولهذا لم يعينه فلا يحنث ، ويحتدل الهجران فيحنث ، فلا يحنث بالشك ، ولو لم يكن له امرأة ولا صديق فاستحدث ثم كلمه حنث خلافا لمحمد . حلف لا يكلمه اليوم شهرا أو اليوم سنة ، فهو على ذلك اليوم من جميع ذلك الشهر وتلك السنة ، لأن اليوم الواحد لا يكون شهرا ولا سنة ، فعلمنا أن مراده أنه لا يكلمه في مثل ذلك اليوم شهرا أو سنة ؛ ولو قال : لأكلمك يوم السبت عشرة أيام وهو في يوم السبت فهو على سببتين ، لأن يوم السبت لا يدور في عشرة أيام أكثر من مرتين ، وكذلك لأكلمك يوم السبت يومين كان على سببتين لأن السبت لا يكون يومين فكان مراده سببتين ، وكذلك لو قال ثلاثة أيام كانت كلها يوم السبت لما بينا . حلف لا يتزوج بنت فلان فولدت له بنت أخرى لم يحنث بتزويجها ، لأن اليمين انصرفت إلى الموجود في الحال ؛ ولو قال : بنتا لفلان ، أو بنتا من بنات فلان ، فعن أبي حنيفة روايتان . حلف لا يكلم إخوة فلان فهو على الموجودين وقت اليمين لا غير ، فإن كان له إخوة كثيرة لا يحنث ما لم يكلم كلهم ؛ ولو قال : لا يكلم عبيد فلان ، أو لا يركب دواب فلان ، أو لا يلبس ثياب فلان حنث بفعل ثلاثة مما شئى إلا إذا نوى الكل ، والفرق أن الأول إضافة تعريف فتعلقت اليمين بأعيانهم ، فالمرء يكلم الكل لا يحنث ؛ وفي الثانية إضافة ملك لأنها لا تقصد بالهجران لكونها حامدا أو لحسة العبد ، وإنما المقصود المالك فتناولت اليمين أعيانا منسوبة إليه وقت

(١) قوله على ما ورد به الحديث ، هو ما تضمنه أن الشؤم في ثلاث : المرأة ،

فصل

الحَيْنُ وَالزَّمَانُ : سِتَّةُ أَشْهُرٍ فِي التَّعْرِيفِ وَالتَّنْكِيرِ . وَالْدَّهْرُ : الْأَبَدُ ؛ وَدَهْرًا
قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا أَدْرِي مَا هُوَ ، وَالْأَيَّامُ وَالشُّهُورُ وَالسَّنُونَ عَشْرَةٌ ، وَفِي
الْمُنْكَرِ ثَلَاثَةٌ .

الحث ، وقد ذكر النسبة بلفظ الجمع وأقله ثلاثة . وروى المعلى عن أبي يوسف كل
شيء سوى بني آدم فهو على واحد ، وإذا كانت يمينه على بني آدم فهو على ثلاثة .

فصل

(الحين والزمان : ستة أشهر في التعريف والتنكير) منقول عن ابن عباس وسعيد بن
المسيب ، ولأنه الوسط مما قسر به الحين فكان أولى ؛ والزمان كالحين لأنه يستعمل استعماله
يقال : ما رأيتك منذ حين ومنذ زمان بمعنى واحد ، وإن نوى شيئاً فعلى ما نوى لأنه
يحتمله ، وقيل يصدق في الحين في الوقت اليسير دون الزمان لأنه يستعمل في الحين ، قال
الله تعالى - فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون - . والمراد صلاة الفجر وصلاة العصر ،
ولا عرف في الزمان . وعن أبي يوسف : لا يدين في القضاء في أقل من ستة أشهر . قال
(والدهر : الأبد) قال عليه الصلاة والسلام « لاصيام لمن صام الدهر » يعني جميع العمر
(ودهرا ، قال أبو حنيفة : لا أدري ما هو) وعندهما هو كالزمان لأنه يستعمل استعماله .
وله أنه لا عرف فيه فيتبع ، واللغات لا تعرف قياساً والدلائل فيه متعارضة فتوقف فيه .
وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن دهرًا والدهر سواء ، وهذا عند عدم النية ، وإن كان له
نية فعلى ما نوى . قال (والأيام والشهور والسنوات عشرة) وكذا الأزمنة . (و) الجمع
(في المنكر ثلاثة) وقالا في الأيام سبعة ، والشهور اثنا عشر وغيرها جميع العمر ، لأن
اللام للمعهود : وهي أيام الأسبوع وشهور السنة ، ولأن الأيام تنتهي بالسبعة والأشهر
بالاثني عشر ثم تعود ، ولا معهود في غيرها فتناولت العمر . ولأبي حنيفة أن الجمع
المعرف بهذا اللفظ أكثره عشرة . ، وما زاد يتغير لفظه فلا يزداد على العشرة . أما المنكر
يتناول الأقل وهو ثلاثة بالإجماع ؛ وفي رواية : المبسوط عشرة عند أبي حنيفة ،
والمختار ما ذكرنا . حلف لا يكلمه إلى كذا فعلى ما نوى ، فإن لم ينو فيوم واحد لأنه أقل
العدد ، وإن قال : كذا وكذا ولا نية له فيوم وليلة . حلف لا يكلمه إلى الحصاد فحصد
أول الناس بر ، وكذلك إلى قدوم الحاج فقدم واحد انتهت الميمن . حلف لا يكلمه قريباً

حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ الْخَنَظَةِ لَا يَحْنُثُ مَا لَمْ يَقْضَمَهَا وَمِنْ هَذَا الدَّقِيقِ
يَحْنُثُ بِخَبْزِهِ دُونَ سَقَمِهِ ؛ وَالْخَبْزُ مَا اعْتَادَهُ أَهْلُ الْبَلَدِ ، وَالشَّوَاءُ مِنْ
اللَّحْمِ ؛ وَالطَّبِيخُ مَا يُطْبَخُ مِنَ اللَّحْمِ بِالْمَاءِ ، وَيَحْنُثُ بِأَكْلِ مَرْقِهِ ،

من ستة فهو على ستة أشهر ويوم ؛ ولو قال : لا يكلمه قريبا فهو أقل من شهر ويوم ؛ ولو
قال إلى بعيد فأكثر من شهر . وعن أبي يوسف هو مثل الحين ؛ وأجلا أكثر من شهر ،
وعاجلا أقل من شهر لأن الشهر أدنى الأجل ؛ ولو قال بضعا فثلاثة ، لأن البضع من ثلاثة
إلى تسعة فيحمل على الأقل عند عدم النية .

فصل

(حلف لا يأكل من هذه الخنطة لا يحنث ما لم يقضمها) ولو أكل من خبزها أو سويقها
لم يحنث ، وقالا : يحنث بالخبز للعرف . وله أن الحقيقة مستعملة فانه يقلى ويسلق ويؤكل
بعده قضا ، والحقيقة المستعملة قاضية على المجاز . قال (ومن هذا الدقيق يحنث بخبزه دون
سقه) لأنه غير معتاد فانصرف إلى ما يتخذ منه وهو الخبز ؛ وكذا إن أكل من عصيدته
أو اتخذ خبيصا أو قطايف حنث ، إلا إذا نوى أكل عينه لأنه نوى حقيقة كلامه ، وكذلك
ما لا يؤكل عادة تقع اليمين على ما يتخذ منه ، لأن المجاز المتعارف راجع على الحقيقة
المهجورة . قال (والخبز ما اعتاده أهل البلد) لأن اليمين مبناها على العادة ، والمنع إنما
يقع على المعتاد ليتحقق معنى اليمين ، ولو حلف لا يأكل خبزا فأكل ثريدا . قال أبو الليث :
لا يحنث للعرف والطعام حقيقة ما يطعم ويؤكل ، وفي العرف يختص ببعض الأشياء ،
ألا ترى أن الأدوية لا تسمى طعاما ، وإن كانت تؤكل ويتغذى بها كعجون الورد ونحوه ؛
والخل والزيت والملح طعام لجران العادة بأكله مع الخبز إداما له ، والنيذ شراب عند
أبي يوسف طعام عند محمد ، والفاكهة طعام . حلف لا يشتري طعاما لا يحنث إلا بشراء
الخنطة والدقيق والخبز استحسانا للعرف ، وفي عرفنا يحنث بالشعير والذرة ونحوهما أيضا
قال (والشواء من اللحم) خاصة لأنه المتعارف عند الإطلاق ، ألا ترى أن الشواء اسم
لبائع المشوى من اللحم دون غيره ، ويدح قوله : لم يأكل الشواء وإن أكل الباذنجان
والسمك المشوى وغيره ما لم يأكل الشواء من اللحم ، وإن نوى كل شيء يشوى صحته
نيته وهو القياس ، لأن الشواء ما يجعل في النار ليسهل أكله وهو موجود في كل شيء
إلا أن العرف اختص باللحم على ما بينا . قال (والطبخ ما يطبخ من اللحم بالماء)
للعرف ، وإن نوى كل ما يطبخ صدق لأنه شدد على نفسه (ويحنث بأكل مرقه) لأن
فيه أجزاء اللحم ؛ وفي النوادر : حلف لا يأكل طبيخا فأكل قلية يابسة لامرق فيها لا يحنث ،

وَالرَّءُوسُ : مَا يُكَبَّسُ فِي التَّنَائِيرِ وَيَبَاعُ فِي السُّوقِ ، وَالرُّطْبُ وَالْعِنَبُ وَالرَّمَّانُ
وَالْخِيَارُ وَالْقِثَاءُ لَيْسَ بِفَاكِهَةٍ ،

لأنه بدون المرق لا يسمى طبيخا ، فانه يقال لحم مقلى ولا يقال مطبوخ إلا لما طبخ في الماء .
ولو أكل سمكا مطبوخا لم يحث ، لأن الاسم لا يتناوله عند الإطلاق . ومن ابن سماعة :
الطبيخ يكون على الشحم ، فان طبخ عدسا أو أرزا بودك فهو طبيخ ، وإن كان بسمن
أو زيت فليس بطبيخ ، والمعتبر العرف ، والطابخ : هو الذي يوقد النار دون الذي ينصب
القدر ويصب الماء واللحم وحوائجه فيه ، والخابز : الذي يضرب الخبز في الثَّنُور دون
من عجنه وبسطه . ولو حلف لا يأكل من طبيخ فلان فطبخ هو وآخر وأكل الخائف منه
حنت ، لأن كل جزء منه يسمى طبيخا ، وكذلك من خبز فلان فخبز هو وآخر ، وكذلك
من رمان اشتراه فلان فاشترى هو وآخر ؛ وكذا لألبس من نسج فلان فنسج هو وآخر ؛
ولو قال : من قدر طبخها فلان فأكل ما طبخها لم يحث ، لأن كل جزء من القدر ايس
بقدر ، وكذلك من قرص يخبزه فلان ، أو رمانة يشتريها فلان ، أو ثوبا ينسجه فلان
لما بينا ؛ ولو حلف لا يلبس ثوبا من غزل فلانة ، فلا بد أن يكون جميعه من غزلها ،
حتى لو كان فيه جزء من ألف جزء من غزل غيرها لم يحث ، رواه هشام عن محمد .
حلف لا يأكل من هذا الطعام ما دام في ملكه ، فباع بعضه وأكل الباقي لا يحث ، ذكره
الحسن . حلف لا يأكل من مال فلان فتناهد (١) وأكل لا يحث لأنه أكل مال نفسه عرفا
رواه المنعلى عن أبي يوسف . حلف لا يأكل من فلان وبينهما دراهم فأخذ منها درهما
فاشترى به شيئا وأكل لم يحث . حلف لا يأكل من طعام شريكه فأكل من طعام مشترك
بينهما لم يحث ، لأنه إنما أكل حصته ؛ ألا ترى أن له أن يأخذ من حصته . قال (والرووس
ما يكبس في التناير ويباع في السوق) جريا على العرف . وعن أبي حنيفة أنه يدخل
في البيين رءوس البقر والجزور ، وعندهما يختص برءوس الغنم وهو اختلاف عادة وعصر .
قال (والرطب والعنب والرمان والخيار والقثاء ليس بفاكهة) وقالوا : الرطب والرمان والعنب
فاكهة ، لأنه يتفكه بها عادة كسائر الفاكهة حتى يسمى بائعها فاكهاني ، ولأبي حنيفة
قوله تعالى - فيهما فاكهة ونخل ورمان - . ولذلك عطف الفاكهة على العنب في آية أخرى (٢)
والمعطوف يغاير المعطوف عليه لغة ، ولأنه ذكر في معرض الامتنان والكریم الحكيم
لا يعيد المنة بالشيء مرتين ، ولأن الفاكهة ما يتفكه به قبل الطعام ، وبعده ،
ويتفكه برطبه ويأبسه دون الشبع ، والعنب والرطب يستعملان للغذاء والشبع ، والرمان

(١) قال في المنجد : تناهد القوم : أخرج كل منهم نفقة بقدر نفقة صاحبه ليشتروا
بها طعاما يشتركون في أكله . (٢) في سورة عبس .

والإدام ما يصطبغ به : كالحل والزيت والملح ،

يستعمل للأدوية فكان معنى الفاكهة قاصراً عنها ، فلا يتناولها الاسم عند الإطلاق حتى لو نواها صحت نيته لأنه تشديد عليه ، والتمر والزبيب وحب الرمان إدام وليس بفاكهة بالإجماع ، والتفاح وال السفرجل والكمثرى والإجاص والمشمش والخوخ والتين فاكهة لأنها تؤكل للتفكه دون الشبع ، والبطيخ فاكهة ، واليابس من أثمار الشجر فاكهة ، ويابس البطيخ ليس بفاكهة لأنه غير معتاد ، والقثاء والخيار والجزر والباقلاء (١) الرطب يقول . قال محمد : التوت فاكهة لأنه يستعمل استعمال الفاكهة . قال محمد : قصب السكر والبسر الأحمر فاكهة ، والجوز في عرفنا ليس بفاكهة لأنه لايتفكه به . وروى المعلى عن محمد : الجوز اليابس ليس بفاكهة لأنه يؤكل مع الخبز غالباً ، فأما رطبه لا يؤكل إلا للتفكه . وعن أبي يوسف : اللوز والعناب فاكهة ، رطبه من الفاكهة الرطبة ، ويابس من يابسها ، وعن محمد : لو حلف لا يأكل فاكهة العام أو من ثمرة العام إن كان زمان الرطبة فهي على الرطبة ، ولا يحث بأكل اليابس ، وإن كان في غير زمانها فهي على اليابس للتعارف ، وكان ينبغي أن يحث باليابس والرطب إذا كان في زمان الرطبة ، لأن اسم الفاكهة يتناولهما إلا أنه استحسن ذلك ، لأن العادة في قولهم فاكهة العام إذا كان زمان الرطبة يريدونها دون اليابس ، فإذا لم تكن رطبة تعينت اليابسة فحملت عليه . قال (والإدام ما يصطبغ به كالحل والزيت والملح) وأصله من المؤادمة وهي الموافقة وهي بالملازمة فيصيران كشيء واحد ، أما المجاورة فليست بموافقة حقيقة ، يقال : وأدم الله بينكما : أى وفق بينكما . قال عليه الصلاة والسلام للمغيرة (٢) وقد تزوج امرأة « لو نظرت إليها كان أحرى أن يودم بينكما » فكل ما احتاج في أكله إلى موافقة غيره فهو إدام ، وما أمكن إفراده بالأكل فليس بإدام : وإن أكل مع الخبز كما لو أكل الخبز مع الخبز ، فالحل والزيت واللبن والعسل والمرق إدام لما بينا ، وكذلك الملح لأنه لا يؤكل منفرداً ولأنه يذوب فيخلط بالخبز ويصير تبعاً : واللحم والشواء والبيض والخبز ليس بإدام لأنها تفرد بالأكل ولا تميز بالخبز . وعن محمد : كل ما يؤكل بالخبز عادة فهو إدام ، وهو اختار عملاً بالعرف . وعن أبي يوسف : الجوز اليابس إدام . وقال محمد وهو رواية عن أبي يوسف : التمر والجوز والعنب والبطيخ والبقول وسائر الفواكه ليس بإدام ، لأنها

(١) قوله والباقلاء ، قال في مختار الصحاح : والباقلاء إذا شددت اللام قصرت ، وإذا خففت مددت . وقال في المنجد : الباقلاء والباقل . وبقاى الفول .

(٢) لفظ حديث المغيرة كما ذكره صاحب سبل السلام مروياً عن الترمذى والنسائى أنه قال « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » .

وَالْغَدَاةُ : مِنْ طُلُوعِ الْفَجْرِ إِلَى الظُّهْرِ ، وَالْعِشَاءُ : مِنْ الظُّهْرِ إِلَى نِصْفِ اللَّيْلِ ، وَالسُّحُورُ : مِنْ نِصْفِ اللَّيْلِ إِلَى طُلُوعِ الْفَجْرِ ، وَالشُّرْبُ مِنَ النَّهْرِ : الْكَرْعُ مِنْهُ .

تفرد بالأكل ولا تكون تبعاً للخبز حتى لو كان موضعاً تؤكل تبعاً للخبز معتاداً يكون إداماً عندهم اعتباراً للعرف وهو الأصل في الباب . قال (والغداء من طلوع الفجر إلى الظهر) لأنه عبارة عن أكل الغدوة ، وما بعد نصف النهار لا يكون غدوة (والعشاء : من الظهر إلى نصف الليل) لأنه مأخوذ من أكل العشاء وأوله بعد الزوال . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم صلى إحدى صلاتي العشاء ركعتين » يريد به الظهر أو العصر (والسحور : من نصف الليل إلى طلوع الفجر) لأنه مأخوذ من السحر فينطلق إلى ما يقرب منه ، ثم الغداء والعشاء عبارة عن الأكل الذي يقصداً به الشبع عادة ، فلو أكل لقمة أو لقميتين فليس بشيء حتى يزيد على نصف الشبع فإنه يقال لم أتغذى وإنما أكلت لقمة أو لقميتين ، ويعتبر في كل بلدة عاداتهم ؛ فلو حلف لا يتغذى فشرب اللبن إن كان حضرياً لا يحنث ، وإن كان بدوياً يحنث اعتباراً للعادة . قال الكرخي : إذا حلف لا يتغذى فأكل تمرًا أو أرزاً أو غيره حتى شبع لا يحنث ، ولا يكون غداء حتى يأكل الخبز ، وكذلك إن أكل لحماً بغير خبز اعتباراً للعرف . قال (والشرب من النهر الكرْع منه) فلو حلف لا يشرب من دجلة أو من الفرات لا يحنث حتى يكرع منها كرعا يباشر الماء بفيه ، فإن شرب منه بيده أو بأناء لم يحنث ، وقالوا : يحنث في جميع ذلك . أصله أنه متى كان لليمين حقيقة مستعملة ومجاز مستعمل ، فعند أبي حنيفة : العبرة للحقيقة خاصة لأنه لا يجوز إهدار الحقيقة إلا عند الضرورة ، وذلك بأن تكون مهجورة مهملة كما قلنا في سفّ الدقيق . وعندهما العبرة للمجاز والحقيقة جمعا لمكان الاستعمال والعرف ؛ فأبو حنيفة يقول : الكرْع حقيقة مستعملة ، ولهذا يحنث به بالإجماع ، وهما يقولان : استعمال المجاز أكثر فيعتبر أيضاً ، لأن الكرْع إنما يستعمل عادة عند عدم الأواني فيعتبر كل واحد منهما . ومن أصحابنا من قال : إن أبا حنيفة شاهد العرب بالكوفة يكرعون ظاهراً معتاداً فحمل اليمين عليه ، وهما شاهداً الناس بعد ذلك لا يفعلونه إلا نادراً فلم يخص اليمين به ؛ ولو شرب من نهر يأخذ من دجلة أو من الفرات لم يحنث بالإجماع ، لأن الإضافة قد زالت بالانتقال إلى غيره ، فصار كما إذا حلف لا يشرب من هذا الكوز فصب في كوز آخر ، وهذه المسألة تشهد لأبي حنيفة لاختصاص اليمين عندهم بدجلة دون ما انتقل إليه ماؤها وهذا إذا لم يذكر الماء ، وأما إذا قال : من ماء دجلة فإنه يحنث بالكرْع وبالإناء والغرف ومن نهر آخر ،

رَكَوْ حَلَفَ لَا يَشْرَبُ مِنْ الْحَبِّ أَوْ الْبَيْرِ يَحْنُثُ بِالْإِنَاءِ ، وَالسَّمَكُ وَالْأَلْيَةُ
لَيْسَا بِلَحْمٍ ، وَالكَرْشُ وَالْكَبِدُ وَالرَّثَّةُ وَالْفَوَّادُ وَالْكَلْبِيَّةُ وَالرَّأْسُ وَالْأَكَارِعُ
وَالْأَمْعَاءُ وَالطُّحَالُ لَحْمٌ ، وَالشَّحْمُ شَحْمُ الْبَطْنِ .

لأن اليمين عقدت على الماء دون النهر وقد وجد . قال (ولو حلف لا يشرب من الحب
أو البئر يحنث بالإناء) وهذا في البئر ظاهر لأنه لا يمكن الشرب منها إلا بإناء حتى قالوا :
لو نزل البئر وكرع لا يحنث ، لأن الحقيقة والحجاز لا يجتمعان تحت لفظ واحد والحقيقة
مهجورة ، وأما الحب إن كان ملائنا يمكن الشرب منه لا يحنث بالاعتراف والإناء لتعينه .
ولو حلف لا يشرب من هذا الإناء فهو عن الشرب بعينه لأنه المتعارف فيه . قال (والسماك
والألية ليسا بلحم) فان حلف لا يأكل لحما فأى لحم أكل من جميع الحيوان غير السمك
حنث سواء أكله طبيعاً أو مشوياً أو قديداً وسواء كان حلالاً أو حراماً : كالهيئة ولحم
الخنزير والادى ، ومتروك التسمية وذبيحة المجوسى وصيد الحرم ، لأن اسم اللحم يتناول
الجميع ، ولا يختلف باختلاف صفة اللحم وصفة الذابح . فأما السمك وما يعيش في الماء
لا يحنث به لأنه لا يدخل تحت إطلاق اسم اللحم ، ألا ترى أنهم يقولون : ما أكلت لحماً
وقد أكل السمك ، والمعتبر في ذلك الحقيقة دون لفظ القرآن ، ألا ترى أنه لو حلف
لا يركب دابة فركب كافراً لا يحنث وإن سماه الله تعالى دابة في قوله - إن شر الدواب عند
الله الذين كفروا - وكذا لو خرب بيت العنكبوت لا يحنث في يمينه لا يخرب بيتاً ، وكذا
لا يحنث بالعودة في الشمس لو حلف لا يقعد في السراج إلى غير ذلك ، وإنما المعتبر في ذلك
المتعارف ، وكذلك الألية وشحم البطن ليسا بلحم لأنهما لا يستعملان استعمال اللحم
ولا يتخذ منهما ما يتخذ من اللحم ولا يسميان لحماً عرفاً ، وإن نواه أو نوى السمك يحنث
لأنه تشديد على نفسه . قال (والكرش والكبد والزئة والفؤاد والكلية والرأس والأكارع
والأمعاء والطحال لحم) لأنها تباع مع اللحم ، وهذا في عرفهم على ما رواه أبو حنيفة
في زمنه بالكوفة . وأما البلاد التي لا تباع فيها مع اللحم فلا يحنث اعتباراً للعرف في كل
بلدة وكل زمان . وأما شحم الظهر فهو لحم ، ويقال له لحم سمين ، ويستعمل فيها
يستعمل فيه اللحم . قال (والشحم شحم البطن) فلو حلف لا يأكل شحمًا فأكل شحم
الظهر لا يحنث لأنه من اللحم ويقال له لحم سمين كما قدمنا ، وقالوا : يحنث لأن اسم
الشحم يتناولوه وهذا في عرفهم ، وفي عرفنا : اسم الشحم لا يقع على شحم الظهر بحال .
وعن محمد فيمن أمر غيره أن يشتري له شحمًا فاشترى شحم الظهر لا يلزم الأمر ، وهذا
يؤيد مذهب أبي حنيفة أن مطلق اسم الشحم لا يتناولوه . حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم

حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْبُسْرِ فَأَكَلَهُ رُطْبًا لَمْ يَحْنَثْ ، وَكَذَا الرُّطْبُ إِذَا صَارَ تَمْرًا وَاللَّبَنُ شِيرَازًا . حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذَا الْحَمَلِ فَصَارَ كَبْشًا فَأَكَلَهُ حَنْثٌ . حَلَفَ لَا يَأْكُلُ مِنْ هَذِهِ النَّخْلَةِ فَهُوَ عَلَى ثَمَرِهَا وَدُبْسِهَا غَيْرِ الْمَطْبُوخِ ، وَمِنْ هَذِهِ الشَّاةِ فَعَلَى اللَّحْمِ وَاللَّبَنِ وَالزُّبْدِ ، وَلَا يَدْخُلُ بَيْضُ السَّمَكِ فِي الْبَيْضِ ، وَالشَّرَاءُ كَالْأَكْلِ .

عز حنث ، لأن اسم الشاة يتناول العز وغيره . وذكر الفقيه أبو الليث أنه لا يحنث لأن العرف يفرق بينهما وهو المختار ، وكذا لا يدخل لحم الجاموس في يمين البقر . قال (حلف لا يأكل من هذا البسر فأكله رطبا لم يحنث ، وكذا الرطب إذا صار تمارا واللبن شيرازا) لأن هذه الصفات داعية إلى اليقين فتقيد به ، أو نقول : اللبن ما يؤكل عينه فلا ينصرف إلى ما يتخذ منه . قال (حلف لا يأكل من هذا الحمل فصار كبشا فأكله حنث) لأن صفة الحملية ليست داعية إلى اليقين ، لأن الامتناع عن لحمه أقل من الامتناع عن لحم الكبش ، وإذا امتنع أن تكون صفة داعية تعينت الذات وأنها موجودة . قال (حلف لا يأكل من هذه النخلة فهو على ثمرها ودبسها غير المطبوخ) يقال له سيلان ، لأنه أضاف اليقين إلى ما لا يؤكل فينصرف إلى ما يخرج منه لأنه سبب له فيصلح مجازا ، وبحنث بالجمار لأنه منها ولا يحنث بما يتغير بالصنعة : كالنبيذ والخلّ والدبس المطبوخ لأنه ليس بخارج منها حقيقة ، فإن الخارج منها ما يوجد كذلك متصلا بها ، بخلاف غير المطبوخ وعصير العنب لأنه كذلك متصل بها إلا أنه منكّم فزال الانكثام بالعصير ؛ ولو أكل من عين النخلة لا يحنث لأنها حقيقة مهجورة . (و) لو حلف لا يأكل (من هذه الشاة فعلى اللحم واللبن والزبد) لما مرّ ، وفي الاستحسان على اللحم خاصة ، لأن عين الشاة مأكول فانصرفت اليقين إلى اللحم خاصة ، ولا يحنث باللبن والزبد والسمن . قال (ولا يدخل بيض السمك في البيض) للعرف ، فإن اسم البيض عرفا يتناول بيض الطير كالدجاج والأوز مما له قشر ، فلا يدخل بيض السمك إلا بنية لأنه بيض حقيقة وفيه تشديد على نفسه (والشراء كالأكل) فاليمين على الشراء كاليمين على الأكل . حلف لا يأكل حراما فاضطرّ إلى الميتة والخمر فأكل ، روى عن أبي يوسف أنه يحنث لأنه حرام ، إلا أنه مرفوع الإثم عن المضطرّ كفعل الصبيّ والمعتوه ، والحرام لا يوصف بأنه حلال لهما وإن وضع الإثم عنهما . وروى عنه أنه لا يحنث . وعن محمد ما يدلّ عليه فإنه قال في الإكراه : إن الله تعالى أحلّ الميتة حالة الضرورة ، فاذا امتنع عن الأكل حالة الإكراه أثم ، ولو أكل طعاما مغسوبا حنث ، ولو اشترى بدرهم مغسوب لا يحنث .

حَلَفَ لَيَصْعَدَنَّ السَّمَاءَ أَوْ لَيَطِيرَنَّ فِي الْهَوَاءِ انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ وَحَنَتْ لِلْحَالِ
حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ إِنْ اسْتَطَاعَ فَهِيَ عَلَى اسْتَطَاعَةِ الصَّحَّةِ . حَلَفَ لَيَأْتِيَنَّهُ فَلَمْ
يَأْتِهِ حَتَّى مَاتَ حَنْثٌ فِي آخِرِ حَيَاتِهِ ؛

فصل

(حلف ليصعدن السماء أو ليطيرن في الهواء انعقدت يمينه وحنث للحال) وقال زفر :
لا ينعقد لأنه مستحيل عادة فصار كالمستحيل حقيقة . ولنا أن اليمين عقد من العقود فتنعقد
إذا كان المعقود عليه موجودا أو متوهما ، وإذا لم يكن موجودا ولا متوهما لم ينعقد ،
ألا ترى أن بيع الأعيان المباحة منعقد ، لأن المعقود عليه موجود ، وبيع المدبر منعقد لأنه
متوهم دخوله تحت العقد بالحكم وإن كان بغير فعل العاقد ، وبيع الحر ليس بمنعقد لأنه
غير داخل في العقد ولا متوهم الدخول فكذلك اليمين ينعقد على الفعل المقدور والموهم
ولا ينعقد على غير المقدور والموهم ، وما نخز فيه مقدور موهم يدخل تحت قدرة قادر ،
ألا ترى أن من الأنبياء صلوات الله عليهم من صعد السماء والملائكة يصعدون في كل وقت
وينزلون ، وإذا كان متوهما انعقدت اليمين ثم يحنث في الحال حكما للعجز الثابت عادة
كموت الحالف ، وعلى هذا الأصل تخرج مسائل كثيرة من هذا الجنس لمن يتأملها . قال
(حلف ليأتينه إن استطاع فهي على استطاعة الصحة) معناه : إذا لم يعرض له أمر يمنعه
من مرض أو سلطان أو نحوه ولم يأت حنث ، لأن الاستطاعة في العرف الاستطاعة من حيث
سلامة الآلة وعدم الموانع ، وإن عين استطاعة القضاء والقدر صدق ديانة لأنه خلاف
الظاهر ، وفي رواية تصح قضاء أيضا لأنه حقيقة ، لأن الاستطاعة الآلية تقوم بالاستطاعة
التقديرية على المذهب الصحيح . قال (حلف ليأتينه فلم يأت حنث حتى مات حنث في آخر
حياته) لأن الحنث إنما يتحقق بالموت إذ البرّ مرجو قبله . حلف ليأتينه فهو على أن يأتي
مزل له أو حانوته لقيه أو لم يلقه ، لأن الإتيان الوصول إلى مكانه دون ملاقاته ، وعن محمد :
لأوافيتك غدا فهو على اللقاء ، فإن أتاها فلم يلقه حنث . حلف لاتأتى زوجته العرس
فذهبت قبل العرس وأقامت حتى مضى العرس لا يحنث ، لأن العرس أتاها لأتته . وعن
محمد : لأعودن فلانا غدا فعاده ولم يؤذن له برّ ، وكذلك الإتيان إذا أتاها فلم يؤذن له .
حلف لاتذهب زوجته إلى بيت والدها فذهبت إلى باب الدار ولم تدخل لم يحنث . وعن
أبي يوسف : حلف لأرافق فلانا فهو على الاجتماع في الطعام أو شيء يجتمعان عليه بأن
كان مقامهما في مكان واحد ، وإن كانا في سفينة وطعامهما ليس بمجتمع ولا يأكلان
على خوان واحد فليس بمرافقة . وعن محمد : إن كان معه في حمل أو كان كراهما واحدا

وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ ، أَوْ شَرِبْتُ ، أَوْ لَبِسْتُ ، أَوْ كَلَّمْتُ ، أَوْ تَزَوَّجْتُ ، أَوْ خَرَجْتُ وَتَوَى شَيْئًا بَعِيْنِهِ لَمْ يُصَدَّقْ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ طَعَامًا ، أَوْ شَرِبْتُ شَرَابًا ، أَوْ لَبِسْتُ ثَوْبًا ، وَنَحَوَ ذَلِكَ وَتَوَى شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ صَدَّقَ دِيَانَةً خَاصَّةً ، وَالرَّيْحَانُ اسْمٌ لِمَا لَاسَاقَ لَهُ فَلَا يَحْنُثُ بِالْيَاسَمِينِ وَالْوَرْدِ . وَالْوَرْدُ وَالْبَنْفَسِجُ هُوَ الْوَرَقُ . وَالْخَاتَمُ النُّقْرَةُ لَيْسَ بِحُلِيِّ ، وَالذَّهَبُ حُلِيٌّ ،

أو قطارهما واحدا فهي مرافقة ، وإن كان كراهما مختلفا والمسير واحد فليس بمرافقة . قال (ولو قال : إِنْ أَكَلْتُ أَوْ شَرِبْتُ ، أَوْ لَبِسْتُ أَوْ كَلَّمْتُ أَوْ تَزَوَّجْتُ أَوْ خَرَجْتُ وَنَوَى شَيْئًا بَعِيْنِهِ لَمْ يُصَدَّقْ ؛ وَلَوْ قَالَ : إِنْ أَكَلْتُ طَعَامًا أَوْ شَرِبْتُ شَرَابًا أَوْ لَبِسْتُ ثَوْبًا وَنَحَوَ ذَلِكَ وَنَوَى شَيْئًا دُونَ شَيْءٍ صَدَّقَ دِيَانَةً خَاصَّةً) والأصل فيه أَنْ مِنْ ذَكَرَ لَفْظًا عَامًا وَنَوَى تَخْصِيصَ مَا فِي لَفْظِهِ صَدَقَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى وَلَمْ يُصَدَّقْ فِي الْقَضَاءِ ، لِأَنَّ الْمُتَكَلِّمَ بِالْعُمُومِ قَدْ يَرِيدُ الْخُصُوصَ ، فَإِذَا نَوَى صَارَتْ نِيَّتُهُ دَلَالَةً عَلَى التَّخْصِيصِ كَالدَّلَالَةِ الشَّرْعِيَّةِ عَلَى تَخْصِيصِ الْعُمُومِ ، إِلَّا أَنَّ الظَّاهِرَ مِنَ اللَّفْظِ الْعُمُومِ فَلَا يُصَدَّقُ فِي الْقَضَاءِ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ ؛ فَأَمَّا إِذَا نَوَى تَخْصِيصَ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ لَا يُصَدَّقُ أَصْلًا ، لِأَنَّ الْخُصُوصَ يَتَّبِعُ الْأَلْفَافَ دُونَ الْمَعْنَى ، فَهَذَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ لَا يُصَحِّحُ تَخْصِيصَهُ ، فِي الْفَصْلِ الْأَوَّلِ الطَّعَامِ وَالثَّوْبِ وَنَحْوَهُمَا لَيْسَ مَذْكُورًا فَقَدْ نَوَى تَخْصِيصَ مَا لَيْسَ فِي لَفْظِهِ فَلَا يُصَدَّقُ ، الْفَصْلُ الثَّانِي : إِذَا قَالَ : عَنِيتُ الْخُبْزَ أَوَ اللَّحْمَ فَقَدْ نَوَى تَخْصِيصَ مَا فِي لَفْظِهِ فَيُصَدَّقُ دِيَانَةً لِقَضَاءِ مَا بَيْنَنَا ؛ وَلَوْ قَالَ : لَا أَشْرَبُ الْمَاءَ وَلَا أَتَزَوَّجُ النِّسَاءَ حَنْثَ بِشْرَبِ قَطْرَةٍ مِنَ الْمَاءِ وَتَزَوَّجَ امْرَأَةً وَاحِدَةً لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ اسْتِيعَابُ الْجِنْسِ فَيَحْمِلُ عَلَى الْأَدْنَى ، وَلَوْ نَوَى الْجِنْسَ صَدَّقَ لِأَنَّهُ نَوَى حَقِيقَةَ كَلَامِهِ وَإِنْ كَانَ خِلَافُ الظَّاهِرِ ، لِأَنَّ الْحَقِيقَةَ أَحَدُ الظَّاهِرِينَ فَيُصَدَّقُ فِيهَا إِذَا نَوَاهَا . قَالَ (وَالرَّيْحَانُ اسْمٌ لِمَا لَاسَاقَ لَهُ) لَفْظُهُ (فَلَا يَحْنُثُ بِالْيَاسَمِينِ وَالْوَرْدِ) وَقِيلَ يَحْنُثُ فِي عَرَفْنَا ، فَانَ الرَّيْحَانُ اسْمٌ لِمَا لَهُ رَائِحَةُ طَيِّبَةٍ مِنَ النَّبَاتِ عَرَفْنَا فَيَحْنُثُ بِهِمَا وَبِالشَّاهِسْبَرِ (١) ، وَالْعَنْبَرُ وَالْآسُ لَا يُسَمَّى رَيْحَانًا عَرَفْنَا . قَالَ (وَالْوَرْدُ وَالْبَنْفَسِجُ هُوَ الْوَرَقُ) عَرَفْنَا ، وَأَصْحَابُنَا قَالُوا : لَوْ حَلَفَ لَا يَشْتَرِي بِنَفْسِجَا فَاشْتَرَى دِهْنَهُ حَنْثٌ ، وَلَوْ اشْتَرَى وَرْقَهُ لَا يَحْنُثُ ، وَكَذَا كَانَ عَرَفَ أَهْلَ الْكُوفَةِ ، أَمَا عَرَفْنَا فَكَمَا ذَكَرْتُ ؛ وَلَوْ حَلَفَ لَا يَشْمُ طَيِّبًا فَدِهْنُ لَحِيَّتِهِ بِدِهْنِ طَيِّبٍ لَا يَحْنُثُ لِأَنَّهُ لَا يَعْدُ شَيْئًا عَرَفْنَا . قَالَ (وَالْخَاتَمُ النُّقْرَةُ (٢) لَيْسَ بِحُلِيٍّ ، وَالذَّهَبُ حُلِيٌّ) فَلَوْ حَلَفَ لَا يَلْبَسُ حُلِيًّا لَا يَحْنُثُ بِخَاتَمِ النُّقْرَةِ ، لِأَنَّ النُّقْرَةَ

(١) سَأَلْتُ بَعْضَ طُلُبَةِ الْأَثَرِ فِي الْأَزْهَرِ ، فَقَالُوا يَرُجَدُ فِي لَفْظِهِمْ شَاهِسْبَرٌ . الشَّاهِ سِيرْغَمٌ وَمَعْنَى شَاهٍ : مُلْكٌ أَوْ سُلْطَانٌ ، وَمَعْنَى سِيرْغَمٍ : الرَّيْحَانُ ، وَمَعْنَاهَا بِالْعَرَبِيَّةِ : الرَّيْحَانُ السُّلْطَانِي . (٢) النُّقْرَةُ ، الْمَرَادُ بِهَا : الْفُضَّةُ .

وَالْعِقْدُ اللَّوْلُؤُ أَيُّسَ بِحُلِيِّ حَتَّى يَكُونَ مَرْصَعًا . حَلَفَ لَا يَنَامُ عَلَى فِرَاشٍ
فَتَجْعَلَ عَلَيْهِ فِرَاشًا آخَرَ وَنَامَ لَمْ يَحْنَثْ ، وَإِنْ جَعَلَ قِرَامًا فَتَنَامَ حَنْثٌ ،
وَالضَّرْبُ وَالْكَلَامُ وَالْكِسْوَةُ وَالِدُخُولُ عَلَيْهِ يَتَقَيَّدُ بِحَالِ الْحَيَاةِ .

تلبس لإقامة السنة وللختم للالتزين ، والحلى ما يزين به ، ولا كذلك الذهب فانه يزين به : ولو كان الخاتم مما يلبسه النساء من الحجر أو الفضة قيل يحنث لأنه للزينة ، وقيل لا يحنث لأنه يخل للرجال ولا يخل لهم التزين بالحلى . قال (والعقد اللؤلؤ ليس بحلى حتى يكون مرصعا) والمعتبر في اليمين العرف لا الحقيقة ، ولفظ القرآن كما تقدم . وقال أبو يوسف ومحمد : هو حلى وإن لم يكن مرصعا لأنه حلى حقيقة بدليل تسمية القرآن وعليه الفتوى لأنه صار معتادا فهو اختلاف عادة وزمان ، فعلى قول أى حنيفة ينبغي أن يجوز للرجل لبس العقد الغير المرصع لأنه ليس بحلى ؛ ولو علق المرأة في عنقها ذهابا غير مصنوع لا يحنث ، والمنطقة المفضضة والسيف المحلى ليس بحلى لما مر . قال (حلف لا ينام على فراش فجعل عليه فراشا آخر ونام لم يحنث ، وإن جعل عليه قراما (١) فنام حنث) لأن القرام تبع للفراش ، ألا ترى أنه لو كان القرام ثوبا طبريا والفراش ديباجا ، يقال نام على فراش ديباج ، ولو كان الأعلى ديباجا والأسفل خزأ يقال : نام على الديباج . وعن أبي يوسف في الأمهالى أنه يحنث في الفراش أيضا لأنه نائم على الفراشين حقيقة ، وصار كما إذا حلف لا يكلم رجلا فكلمه وآخر بخطاب واحد . جوابه أن الشيء لا يستتبع مثله ، وفي العرف لا يناسب إلا إلى الأعلى . وفي الكلام هو مخاطب لكل واحد منهما حقيقة وعرفا وشرعا والسريير والدكان والسطح كالفرش إن جعل عليه سريرا آخر وبني على السطح سطحا آخر فنام على الأعلى لا يحنث لما بينا ؛ وإن جعل على السريير أو السطح أو الدكان بساطا أو فراشا أو نحوه ونام عليه حنث لأنه يعد نائما على السطح والسريير والدكان ، ومتى جلس على ما يحول بينه وبين الأرض فليس يجالس عليها لأنه لا يسمى جالسا على الأرض إلا أن يجلس على ثيابه فتحول بينه وبين الأرض لأنها تبع له فلا يعد حائلا ، ولهذا يقال هو جالس على الأرض . قال (والضرب والكلام والكسوة والدخول عليه يتقيد بحال الحياة) لأن الضرب هو التسل المؤلم ولا يتحقق في الميت والمراد ، بالكلام الإفهام وأنه ينحصر بالحي . والمراد بالكسوة عند الإطلاق الثياب كما في الكفارة ولا تمليك من الميت . وإن نوى به السر صحت لأنه محتمل كلامه . وأما الدخول عليه فلأنه يراد به الزيارة عرفا في وضع يجلس فيه للزيارة والتعظيم حتى لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره

حَلَفَ لِيَضْرِبَنَّهُ حَتَّى يَمُوتَ أَوْ حَتَّى يَقْتُلَهُ فَهُوَ عَلَى أَشَدِّ الضَّرْبِ . حَلَفَ لَيَضْرِبَ امْرَأَتَهُ فَخَنَقَهَا أَوْ مَدَّ شَعْرَهَا أَوْ عَصَاهَا حَنْثٌ . حَلَفَ لَيَصُومُ فَنَوَى وَصَامَ سَاعَةً حَنْثٌ ، وَإِنْ قَالَ صَوْمًا لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا بِتَمَامِ الْيَوْمِ . حَلَفَ لَيَصِلِّيَ فَقَامَ وَقَرَأَ وَرَكَعَ لَمْ يَحْنَثْ مَا لَمْ يَسْجُدْ ؛ وَلَوْ قَالَ : صَلَاةٌ لَمْ يَحْنَثْ إِلَّا بِتَمَامِ رَكْعَتَيْنِ . وَمَنْ قَالَ لِأَمْتِهِ : إِنْ وَلَدَتْ وَلَدًا فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَوَلَدَتْ وَلَدًا مَيْتًا عَنَقَتْ ، وَكَذَلِكَ الطَّلَاقُ ،

أو لحاجة أخرى ، أو دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة لا يكون دخولا عليه ، ولو دخل عليه في المسجد والظلة والدهليز لا يكون دخولا عليه إلا إن اعتادوا الجلوس فيه للزيارة . وذكر الكرخي عن ابن سماعة ضد هذا فقال : لو حلف لا يدخل على فلان فدخل على قوم هو فيهم حنث وإن لم يعلم لأنه دخل على المحلوف عليه والعلم ليس بشرط . كما لو حلف لا يكلمه فكلمه وهو لا يعرفه والمذهب الأول . رجلان حلف كل واحد منهما لا يدخل على صاحبه فدخلوا في المنزل معا لا يحنثان . ولو قال : إن غسلت فعبدي حرّ فانه يتناول حالتي الحياة والموت ، لأنه عبارة عن الإساءة للتطهير وذلك يوجد في الحي والميت . قال (حلف ليضربه حتى يموت أو حتى يقتله فهو على أشدّ الضرب) لأنه المراد في العرف ؛ . ولو قال : حتى يغشى عليه أو حتى ييكي أو يبول أو يستغيث فلا بدّ من وجود هذه الأشياء حقيقة ؛ ولو قال : لأضربنك بالسياط حتى تموت فهو على المبالغة ؛ ولو قال : لأضربنك بالسيف حتى تموت فهو على الموت حقيقة . وعن أبي يوسف فيمن قال لامرأته : إن لم أضربك حتى أتركك لاهية ولا ميتة فهو أن يضربها ضربا يوجعها (حلف لا يضرب امرأته فخنقها أو مد شعرها أو عضها حنث) لأن الضرب اسم لفعل مؤلّم .

فصل

(حلف لا يصوم فنوى وصام ساعة حنث) لأن الصوم هو الإمساك عن المفطرات مع النية وقد وجد (وإن قال صوما لم يحنث إلا بتام اليوم) لأنه يراد به الصوم التام ، وذلك صوم اليوم لأن ما دونه ناقص . قال (حلف لا يصلي فقام وقرأ وركع لم يحنث ما لم يسجد) لأن الصلاة عبارة عن الأركان ، فما لم يأت بها لاتسمى صلاة ، بخلاف الصوم لأنه عبارة عن الإمساك وأنه موجود في أول جزء من اليوم وفي الجزء الثاني يتكرر (ولو قال صلاة لا يحنث إلا بتام ركعتين) لأنه يراد به الصلاة المعتبرة شرعا وأقلّ ذلك ركعتان . قال (ومن قال لأمته : إن ولدت ولدا فأنت حرة ، فولدت ولدا ميتا عنت ، وكذلك الطلاق) لوجود الشرط وهو ولادة الولد ، ألا يرى أنه يقال : ولدت ولدا حيا ، وولدت ولدا ميتا

وَلَوْ قَالَ : فَهُوَ حُرٌّ فَوَلَدَتْ مَيْتًا ثُمَّ حَيًّا عَتَقَ الْحَيُّ (سم) ؛ وَمَنْ قَالَ : مَنْ بَشَّرَنِي بِقُدُومِ فُلَانٍ فَهُوَ حُرٌّ فَبَشَّرَهُ بِجَاهِنَةٍ مُتَفَرِّقُونَ عَتَقَ الْأَوَّلُ ، وَإِنْ بَشَّرُوهُ جَمِيعًا عَتَقُوا ؛ وَلَوْ قَالَ : مَنْ أَخْبَرَنِي عَتَقُوا فِي الْوَجْهَيْنِ . قَالَ : إِنْ تَسَرَّيْتُ جَارِيَةً فَهِيَ حُرَّةٌ فَتَسَرَّى جَارِيَةً كَانَتْ فِي مِلْكِهِ عَتَقْتُ ، وَلَوْ اشْتَرَاهَا وَتَسَرَّى بِهَا لَمْ تَعْتَقْ . حَلَفَ لَا يَتَزَوَّجُ فَرَوْجَهُ غَيْرَهُ بِغَيْرِ أَمْرِهِ ، فَإِنْ أَجَازَ بِالْقَوْلِ حَيْثُ ،

(ولو قال : فهو حرٌّ فولدت ميتاً ثم حياً عتق الحى) عند أى حنيفة رحمه الله . وقالوا : لا يعتق لأن العيين انحلت بوجود الشرط وهو ولادة الولد الميت لألى جزء لأن الميت ليس بمحل للحرية . وله أن الشرط ولادة الحى لأنه وصفه بالحرية ، ومن ضرورتها الحياة فصار كقولها إذا ولدت ولدا حيا فهو حرٌّ ، ولو قال كذلك عتق الحى فكذا هنا ، بخلاف حرية الأم والطلاق لأنه لم يقيد بالحياة فافترقا . قال (ومن قال : من بشرنى بقدم فلان فهو حرٌّ فبشره جماعة متفرقون عتق الأول ، وإن بشره جميعا عتقوا ، ولو قال : من أخبرنى عتقوا فى الوجهين) لأن البشارة عرفا اسم لخبر سار صدق ليس عند المبشر علمه لأنه مأخوذ من تغير بشرة الوجه من الفرح عادة ، والسرور وإنما يحصل بالصدق لا بالكذب وبخبر ليس عنده علمه ، والخبر اسم لمطلق الخبر سواء كان عنده علمه أو لم يكن ويقع على الصدق والكذب ، فى المسألة الأولى البشارة حصلت بالأول لما بينا فعتق ولم تحصل بالباقي لأنه قد علم به فلم تكن بشارة ، وفى الثانية حصلت باخبار الكل فيعتقون ؛ أما الخبر فإنه وجد من الكل سواء كانوا متفرقين أو مجتمعين فيعتقون فى الحالين ، والإعلام كالbشارة يعتق الأول لاغير لأنه ما يحصل به العلم وإنما يحصل بالأول والبشارة ، والخبر يكون بالكتابة والمراسلة كما يكون بالمشافهة ، والمحاذثة بالمشافهة لاغير ، ولهذا يقال : أخبرنا الله تعالى ولا يقال حدثنا ، فإذا قال : أى غلام بشرنى بقدم فلان فهو حرٌّ فكتب إليه غلامه بذلك عتق ؛ ولو أن عبدا له أرسل عبدا له آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى : إن فلانا يقول لك : قد قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهو بمنزلة الكتاب ؛ ولو قال الرسول : إن فلانا قدم ولم يقل له أرسلنى فلان عتق الرسول خاصة (قال : إن تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه عتقت ، ولو اشتراها وتسرى بها لم تعتق) والفرق أن فى المسألة الأولى تناولتها العيين لكونها فى ملكه ، وفى المسألة الثانية لم تكن فى ملكه فلم يتناولها العيين . وقال زفر رحمه الله : تعتق فى الوجهين لأن ذكر التسرى ذكر للملك ، لأن التسرى لا يصح إلا فى الملك . قلنا الملك يصير مذكورا ضرورة صحة التسرى فيتقدّر بقدره ولا يظهر فى حق الحرية وهو الجزء ، لأن الثابت بالضرورة يتقدّر بقدرها . قال (حلف لا يتزوج فزوجه غيره بغير أمره ، فان أجاز بالقول حنث) لأن الإجازة فى الانتهاء كالاذن

وَأِنْ أَجَازَ بِالْفِعْلِ لَا يَحْنُثُ ، وَلَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ أَنْ يَزُوجَهُ حَنْثٌ ، وَكَذَلِكَ
الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ . حَلَفَ لَا يَزُوجُ عَبْدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ يَحْنُثُ بِالتَّوَكُّيلِ وَالْإِجَازَةِ
وَكَذَلِكَ ابْنَهُ وَابْنَتَهُ الصَّغِيرَيْنِ ، وَفِي الْكَبِيرَيْنِ لَا يَحْنُثُ إِلَّا بِالْمُبَاشَرَةِ .
حَلَفَ لَا يَضْرِبُ عَبْدَهُ فَوَكَلَ بِهِ حَنْثٌ ، وَإِنْ نَوَى أَنْ لَا يَبَاشِرَهُ بِنَفْسِهِ
صُدِّقَ قِتْضَاءً . وَلَوْ حَلَفَ لَا يَضْرِبُ وَلَدَهُ فَأَمَرَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ ، وَذَبَحَ الشَّاةَ
كَضَرْبِ الْعَبْدِ . حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَوَكَلَ بِهِ لَمْ يَحْنُثْ ، وَكَذَا سَائِرُ الْمَعَاوِضَاتِ
الْمَالِيَّةِ .

في الابتداء على ما عرف في تصرفات الفضولى (وإن أجاز بالفعل) كاعطاء المهر ونحوه
المختار أنه (لا يحنث) لأن العقود تختص بالأقوال فلا يكون فعله عقدا وإنما يكون رضا ،
وشرط الحنث العقد لا الرضا . وروى عن محمد أنه لا يحنث في الوجهين ، وأفتى به بعض
المشايخ ، لأن الإجازة ليست بانشاء للعقد حقيقة ، وإنما هو تنفيذ لحكم العقد بالرضا به
(ولو أمر غيره أن يزوجه حنث) لأن الوكيل في النكاح سفير ومعبّر على ما عرف في موضعه .
ولوقال : عنت أن لا أتكلّم به صدق ديانة لأنه يحتمله لا قضاء لأنه خلاف الظاهر (وكذلك)
الحكم في (الطلاق والعتاق) وكل عقد لا ترجع حقوقه إلى الوكيل كالكتابة والخلع والهبة
والصدقة والوديعة والعارية والقرض والاستقراض ، وكذلك كل فعل ليس له حقوق
كالضرب والقتل والذبح والكسوة والقضاء والاقتضاء والخصومة والشركة فانه يحنث بفعله
وبالأمر . وفي الصلح روايتان بمنزلة البيع والنكاح (حلف لا يزوج عبده أو أُمَّتَهُ يَحْنُثُ
بالتوكيل والإجازة) لأن ذلك مضاف إليه متوقف على إرادته للملكه وولايته (وكذلك ابنه
وابنته الصغيرين) لولايته عليهما (وفي الكبيرين لا يحنث إلا بالمباشرة) لعدم ولايته عليهما
فهو كالأجنبي عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل . قال (حلف لا يضرب عبده فوكل به حنث) لأن
منفعة ذلك ترجع إلى المالك فيجعل مباشرا لأنه لاحقوق له ترجع إلى الوكيل (وإن نوى أن
لا يباشره بنفسه صدق قضاء) لأنه فعل حسى ، فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى الحقيقة
فيصدق قضاء وديانة ، بخلاف ما تقدم من النكاح وأخواته لأنه تكلم بكلام يفضى إلى النكاح
والطلاق والأمر بذلك مثل التكلم به ، فاذا نوى التكلم به فقد نوى الخاص من العام
فيصدق ديانة لا قضاء . قال (ولو حلف لا يضرب ولده فأمر به لم يحنث) لأن منفعته
عائدة إلى الولد وهو التثقيف والتأديب فلا ينسب إلى الأمر ، بخلاف ضرب العبد على
ما تقدم (وذبح الشاة كضرب العبد) حلف لا يضرب حراً فأمر غيره فضربه لا يحنث ،
لأنه لا يملك ضرب الحر إلا أن يكون سلطانا أو قاضيا فيحنث لأنه يملك ضربا حداً وتعزيرا
فيصح الأمر به . قال (حلف لا يبيع فوكل به لم يحنث ، وكذا سائر المعاولات المالية)

حَلَفَ لَا يَبِيعُ فَبَاعَ وَلَمْ يَقْبَلِ الْمُشْتَرَى لَا يَحْنُثُ ، وَكَذَلِكَ الْإِجَارَةُ وَالصَّرْفُ
وَالسَّلَامُ وَالرَّهْنُ وَالنِّكَاحُ وَالْخُلْعُ ، وَلَوْ وَهَبَ أَوْ تَصَدَّقَ ، أَوْ أَعَارَ فَلَمْ يَقْبَلِ
حَنِثَ . حَلَفَ لَيَقْضِيَنَّ دَيْنَهُ إِلَى قَرِيبٍ فَمَا دُونَ الشَّهْرِ ، وَبَعِيدٍ أَكْثَرَ مِنَ
الشَّهْرِ ، وَإِنْ قَالَ : لَيَقْضِيَنَّ الْيَوْمَ فَقَعَلَ ، وَبَعْضُهَا زَيْوْفٌ ، أَوْ تَبْهَرَجَةٌ ،
أَوْ مُسْتَحَقَّةٌ لَمْ يَحْنُثْ ، وَلَوْ كَانَ رَصَاصًا أَوْ سَتُوقَةً حَنِثَ .

لأن العقد يوجد من العاقد حتى ترجع الحقوق إليه على مامر في البيوع فلم يوجد الشرط
وهو العقد من الخالف إلا أن ينوى ذلك لأن فيه تشديدا عليه ، أو يكون الخالف ممن
لا يباشر العقود كالسلطان والمخدرة ، لأنه إنما يمنع نفسه عما يعتاد ، ولو كان الخالف يباشر
مرة ويوكل أخرى تعتبر الغلبة . قال (حلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث ، وكذلك
الإجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ، ولو وهب أو تصدق أو أعار فلم
يقبل حنث) لأن المعاوضة تملك من الجانبين فيكون القبول ركنا لتحقيق المعاوضة ، وفي
غير المعاوضة تملك من جانب المملك وحده . وقال زفر : لا يحنث في الهبة والصدقة أيضا
لأن تمامها بالقبول فصار كالبيع . قلنا الهبة تملك فتم بالمملك والقبول شرط لثبوت الملك
دون وجود الهبة ، فصار كالوصية ، والإقرار بخلاف البيع لأنه تملك على ما بينا .
وعن أبي حنيفة رحمه الله : في القرض روايتان ، ويحنث بالبيع الفاسد والهبة الفاسدة . وعن
أبي يوسف أنه لا يحنث . وقال زفر : لا يحنث فيه إلا بالقبض ، لأن المقصود الملك وهو
بالقبض . قلنا هو بيع حقيقة وجود الإيجاب والقبول وعلى هذا البيع بشرط الخيار . قال
(حلف ليقضين دينه إلى قريب فما دون الشهر ، وبعيد أكثر من الشهر) لأن ما د

الشهر يعد قريبا ، والشهر وما زاد يعد بعيدا والعبرة للمعتاد (وإن قال : ليقضينه اليوم
ففعل وبعضها زيوف ، أو تبهرجة ، أو مستحقة لم يحنث) لأنها دراهم إلا أنها معيبة والعيب
لا يعدم الجنس ، ألا يرى أنه لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز ، والمستحقة دراهم وقبضها
صحيح . وبردتها لا ينتقض القبض الأول المستحق باليمين (ولو كان رصاصا أو ستوقة
حنث) لأنها ليسا بدراهم حتى لو تجوز بهما لا يجوز ، وهذا إذا كان الأكثر ستوقا ،
أما إذا كان الأكثر فضة لا يحنث . حلف ليقضين من فلان حقه فأخذه من وكيله أو كفيل
عنه بأمره أو محتال عليه بأمر المطلوب برّ ، وإن كانت الكفالة والحوالة بغير أمر المطلوب
حنث ، لأن القبض ليس من المحلوف عليه ، ألا يرى أن الدافع لا يرجع عليه ، وفي
الفصل الأول الأخذ من وكيله أخذ منه ، لما بينا أن حقوق القضاء لا ترجع إلى المأمور
وكذا كفيله بأمره كالوكيل ، ولهذا يرجع بما أدى عليه ، وكذا لو حلف ليعطين فلانا
حقه فأمر غيره بالأداء أو أحاله فقبض برّ ، ولو باعه شيئا وقبضه برّ أيضا ، لأن بالبيع

حَلَفَ لَا يَقْبِضُ دَيْنَهُ مُتَفَرِّقًا فَقَبِضَ بَعْضَهُ لَا يَحْنُ حَتَّى يَقْبِضَ بَاقِيَهُ ،
وَلَا يَحْنُ قَبْضُهُ فِي وَزْنَيْنِ مُتَعَاكِبًا لَمْ يَحْنُ . حَلَفَ لَا يَفْعَلُ كَذَا تَرَكَهُ أَبَدًا ،
وَلَا قَالَ : لَا فَعَلْنَاهُ بَرًّا بِوَاحِدَةٍ . اسْتَحَلَفَ الْوَالِي رَجُلًا لِيُعْلِمَنَهُ بِكُلِّ
مُفْسِدٍ فَهُوَ عَلَى حَالٍ وَلَا يَتِيهِ خَاصَّةٌ . حَلَفَ لِيَهْبَنَهُ فَفَعَلَ وَلَمْ يَقْبَلْ بَرًّا ،
وَكَذَلِكَ الْقَرْضُ وَالْعَارِيَةُ وَالصَّدَقَةُ .

فصل

صار الثمن ديناً في ذمته فيتقاضان وهو طريق قضاء الديون ؛ ولو أبرأه أو وهبه حنث لأنه
إسقاط محض من جهة الطالب وليس بقضاء من الخالف ، بخلاف البيع على ما بينا . حلف
لا يفارق غريمه حتى يستوفى حقه فهرب من الغريم لم يحنث . قال (حلف لا يقبض دينه
متفرقاً فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض باقيه) لأن الشرط قبض جميع دينه متفرقاً ولم يوجد
شرط الحنث ، ألا يرى أنه لو أبرأه من الباقي أو وهبه لا يكون قابضاً للكل (وإن قبضه
في وزنيتين متعاقباً لم يحنث) لأنه قد يتعذر وزن الكل دفعة واحدة فيكون هذا القدر
مستثنى من اليمين فلا يحنث به ، وإن اشتغل بين وزنين بعمل آخر حنث لأنه تبدل المجلس
ناختلف الدفع . قال (حلف لا يفعل كذا تركه أبداً) لأنه نفي مطلقاً فيعم (وإن قال :
لُفَعْلَنَهُ بَرًّا بِوَاحِدَةٍ) لأنه في معرض الإثبات فيبرأ بأي فعل فعله ، وإنما يحنث بؤته أو بهلاك
عمل الفعل إذا أيس من الفعل . قال (استحلّف الوالي رجلاً ليعلمنه بكلّ مفسد فهو على
حال ولايته خاصة) لأن المقصود من ذلك رفع الفساد ودفع الشرّ بالمنع والزجر ، وذلك
في حال سلطته وولايته فيتقيد بها ، وزوالها بالموت والعزل (حلف ليهبته ففعل ولم يقبل
براً ، وكذلك القرض والعارية والصدقة) وقد مرّ الوجه فيه .

فصل

النذر قرينة مشروعة ، أما كونه قرينة فلما يلزمه من القرب كالصوم والصلاة والحجّ
والتقوى والصدقة ونحوها . وأما شرعيته فلأوامر الواردة بإيفائه ، قال تعالى - وليوفوا
نذورهم - وقال صلى الله عليه وسلم « ف بنذرك » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر
وسمى فعله الوفاء بما سمى » وقال عليه الصلاة والسلام « من نذر أن يطيع الله فليطعه »
إلى غيرها من النصوص ، وعلى شرعيته الإجماع ، ولا يصح إلا بقربة لله تعالى من جنسها
واجب كالقرب المذكورة ، ولا يصح بما ليس لله تعالى من جنسها واجب كالنسيب
والتحميد وعبادة المرضى وتكفين الميت وتشيع الجنائز وبناء المساجد ونحوها . والأصل فيه

وَلَوْ نَذَرَ نَذْرًا مُطْلَقًا فَعَلَيْهِ الْوَفَاءُ بِهِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ عَلَّقَهُ بِشَرْطٍ
خَوَّجِدَ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ رَحِمَهُ اللَّهُ آخِرًا : أَنَّهُ يُجْزِئُهُ كَفَّارَةُ يَمِينٍ إِذَا
كَانَ شَرْطًا لَا يُرِيدُ وَجُودَهُ ،

أن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ، إذ لولاية له على الإيجاب ابتداء ، وإنما صححنا
إيجابه في مثل ما أوجبه الله تعالى تحصيلًا للمصلحة المتعلقة بالنذر ، ولا يصح النذر بمعصية .
قال صلى الله عليه وسلم « لا نذر في معصية الله تعالى » . قال (ولو نذر نذرًا مطلقًا) أى بغير
شرط ولا تعليق كقوله : على صوم شهر أو نحوه (فعليه الوفاء به) لما تقدم (وكذلك إن
علقه بشرط فوجد) لأن المعلق بالشرط كالمنجز عنده ، ولأن النذر موجود نظرًا إلى الجزء ،
والجزء هو الأصل والشرط تبع ، واعتبار الأصل أولى فصار كالمنجز (وعن أبي حنيفة
رحمه الله آخِرًا : أنه يجزئه كفارة يمين إذا كان شرطًا لا يريد وجوده) كقوله : إن كلمت
فلانا أو دخلت الدار فعلى صوم سنة أو صدقة ما أملكه ، وهو قول محمد رحمه الله ،
واختاره بعض المشايخ للبلوى والضرورة ، ولو أدّى ما ألزمه يخرج عن العهدة أيضًا لأن
فيه معنى اليمين وهو المنع ، وهو نذر لفظًا فيختار أى الجهتين شاء ؛ ولو كان شرطًا يريد
وجوده كقوله : إن شئني الله مريضى أو قضى دينى أو قدمت من سفرى لا يجزئيه إلا الوفاء
بما سمي لأنه نذر بصيغته وليس فيه معنى اليمين ؛ ولو قال : إن فعت كذا فألف درهم من
مالى صدقة ففعل وليس فى ملكه إلا مائة درهم لا يلزمه غيرها ، لأن النذر بما لا يملك لا يصح ؛
ولو نذر صوم الأيدى فضعف لاشتغاله بالمعيشة أفطر لثلاث تحتل فرائضه ويفدى كالشيخ الفانى
فى شهر رمضان ؛ ولو نذر عددًا من الحج يعلم أنه لا يمكنه لا يأمر غيره بالحج عنه لأنه لا يعرف
قدر الفائت ، بخلاف الصوم . قال أبو حنيفة رضى الله عنه : لو قال لله على إطعام عشرة
مساكين أو كسوة عشرة مساكين لا يجزئ إلا ما يجزئ فى كفارة اليمين لما تقدم أنه معتبر
بإيجاب الله تعالى ؛ وقوله : لله على طعام مساكين ، كقوله إطعام ، لأن الطعام اسم عين
وإنما يصح إيجاب الفعل . وقال أبو يوسف : لو قال : لله على طعام أطعم ما شاء أو لقمة ؛
ولو قال : على نذر ونوى الصوم أو صدقة دون العدد لزمه فى الصوم ثلاثة أيام ، وفى
الصدقة إطعام عشرة مساكين اعتبارًا بالواجب فى كفارة اليمين إذ هو الأقل فكان متيقنا ؛
ولو نذرت صوم أيام حيضها أو قالت : لله على أن أصوم غدا فحاضت فهو باطل عند
محمد وزفر رحمهما الله ، لأنها أضافت الصوم إلى وقت لا يتصور فيه . وقال أبو يوسف
رحمه الله : يقضى فى المسألة الثانية ، لأن الإيجاب صدر صحيحًا فى حال لا ينافى الصوم ولا
إضافته إلى زمان ينافيه ، إذ الصوم متصور فيه والعجز بعارض محتمل كالمرض فتقضييه
وصار كما إذا نذرت صوم شهر يلزمها قضاء أيام حيضها لأنه لا يجوز خلوة الشهر عن الحيض

وَلَوْ نَذَرَ ذَبْحَ وَلَدِهِ أَوْ نَحَرَهُ لَزِمَهُ ذَبْحُ شَاةٍ .

فصح الإيجاب ؛ ولو نذر صوم اليوم الذى يقدم فيه فلان فقدم ليلا لاشئ عليه ، وكذا لو قدم بعد الزوال أو قبله وقد أكل عند محمد ، لأن المعلق بالشرط كالتكلم به عند وجوده . وقال أبو يوسف : يقضى فى الفصلين الآخرين كما إذا نذرت صوم غد فحاضت ؛ ولو قدم فى رمضان أو فى يوم الفطر قضاء ولا يجوزته صومه ، لأن الإيجاب خرج صحيحا ؛ ولو نذر صلاة ركعة أو صوم نصف يوم صلى ركعتين وصام يوما ، لأن الركعة صلاة وقربة فى الجملة لاشتمالها على ذكر الله تعالى ، والقراءة وغيرها كالوتر عند بعضهم ، وصوم نصف يوم قربة كامسك غداة الأضحى فصيح التزامه ثم يلزمه حفظه وإتمامه ضرورة عدم التجزئ شرعا ، ولو نذر ثلاث ركعات لزمه أربع عند أبي يوسف وركعتان عند زفر ؛ ولو نذر أن يصلى بغير وضوء فليس بشئ . وعن أبي يوسف يلزمه بوضوء لأن إيجاب أصل الصلاة صحيح وذكر الوصف باطل ؛ ولو نذر أن يصلى بغير قراءة أو عربانا صحح خلافا لزفر ولزمته بقراءة مستورا ، لأن الصلاة كما ذكر قربة فى الجملة كالأضحية ومن لا يقدر على ثوب فصح الإيجاب . قال (ولو نذر ذبح ولده أو نحره لزمه ذبح شاة) عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ، وكذا النذر بذبح نفسه أو عبده عند محمد ؛ وفى الوالد والوالدة عن أبي حنيفة روايتان الأصح عدم الصحة . وقال أبو يوسف وزفر : لا يصح شئ من ذلك لأنه معصية فلا يصح . ولهما فى الولد مذهب جماعة من الصحابة كعلي وابن عباس وغيرها رضى الله عنهم ، ومثله لا يعرف قياسا فيكون سماعا ، ولأن إيجاب ذبح الولد عبارة عن إيجاب ذبح الشاة ، حتى لو نذر ذبحه بمكة يجب عليه ذبح الشاة بالحرم . بيانه قصة الذبيح عليه السلام ، فإن الله تعالى أوجب على الخليل عليه السلام ذبح ولده بقوله - افعل ما تؤمر - وأمره بذبح الشاة حيث قال - قد صدقت الرويا - فيكون كذلك فى شريعتنا ، إما لقوله تعالى - ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا - أو لأن شريعة من قبلنا تلزمنا حتى يثبت النسخ ، وله نظائر : منها إيجاب الشئ إلى بيت الله تعالى عبارة عن حج أو عمرة ، وإيجاب الهدى عبارة عن إيجاب شاة ومثله كثير ، وإذا كان نذر ذبح الولد عبارة عن ذبح شاة لا يكون معصية بل قربة حتى قال الإسيبجاني وغيره من المشايخ : إن أراد عين الذبيح وعرف أنه معصية لا يصح ونظيره الصوم فى حق الشيخ الفانى معصية لإفضائه إلى إهلاكه ، ويصح نذره بالصوم وعليه القدية ، وجعل ذلك التزاما للقدية كذا هذا . ولمحمد فى النفس والعبد أن ولايته عليهما فوق ولايته على ولده فكان أولى بالجواز . ولأبي حنيفة أن وجوب الشاة على خلاف القياس عرفناه استدلالا بقصة الخليل عليه السلام ، وإنما وردت فى الولد فيقتصر عليه ، ولو نذر بلفظ القتل لا يلزمه شئ - بالإجماع ، لأن النص ورد بلفظ الذبح

كتاب الحدود

وَهِيَ عَقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى . وَالزَّانَا : وَطءُ الرَّجُلِ الْمَرْأَةَ فِي الْقُبُلِ فِي غَيْرِ الْمِلْكِ وَشُبُهَتِهِ ،

والنحر مثله ، ولا كذلك القتل ، ولأن الذبح والنحر وردا في القرآن على وجه القربة والتعبد ، والقتل لم يرد إلا على وجه العقوبة والانتقام والنهي . ، ولأنه لو نذر ذبح الشاة بلفظ القتل لا يصح فهذا أولى ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

كتاب الحدود

وهو جمع حدّ ، وهو في اللغة : المنع ، ومنه الحداد للبواب لمنعه الناس من اندخول ، وحدود العقار : موانع من وقوع الاشتراك ، وأحداث المعتدة : إذا منعت نفسها من الملاذّ والتنعّم على ما عرف ، واللفظ الجامع المانع حدّ ، لأنه يجمع معاني الشيء ويمنع دخول غيره فيه . وحدود الشرع : موانع وزواجر عن ارتكاب أسبابها (و) في الشرع (هي عقوبة مقدّرة وجبت حقاً لله تعالى) وفيها معنى اللغة على ما بينا ، والقصاص لا يسمى حدّاً لأنه حقّ العباد ، وكذا التعزير لأنه ليس بمقدّر ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة . أما الكتاب فقوله تعالى - الزانية والزاني - الآية ، وقوله تعالى - والسارق والسارقة - الآية ، وقوله - - والذين يرمون المحصنات - الآية ، وآية المحاربة وغير ذلك . والسنة حديث ما عرّف والغامدية والعسيف وغيرها من الأحاديث المشهورة على ما يأتي في أثناء الأبواب إن شاء الله تعالى . والمعقول ، وهو أن الطباع البشرية والشهوة النفسانية مائلة إلى قضاء الشهوة واقتناص الملاذّ وتحصيل مقصودها ومحبوبها من الشرب والزنا والتشفي بالقتل وأخذ مال الغير والاستطالة على الغير بالشتم والضرب خصوصاً من القويّ على الضعيف ، ومن العالي على الدنيء . فاقترضت الحكمة شرع هذه الحدود حسماً لهذا الفساد ، وزجراً عن ارتكابه ليبقى العالم على نظم الاستقامة ، فان إخلاء العالم عن إقامة الزاجر يؤدّي إلى انحرامه ، وفيه من الفساد ما لا يخفى . وإليه الإشارة بقوله تعالى - ولكم في القصاص حياة - . ومن كلام حكماء العرب : القتل أنى للقتل . قال (والزنا : وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته) أما الأوّل فلعموم موارد استعمال اسم الزنا ، فانه متى قبّل فلان زنى ، يعلم أنه وطئ امرأة في قبلها وطئاً حراماً ؛ ألا يرى أن ما عرّف لما فسر الزنا بالوطء في القبل حراماً كالليل في المكحلة حدّة النبيّ صلى الله عليه وسلم ؛ وأما كونه في غير الملك فلأن الملك سبب الإباحة فلا يكون زناً ؛ وأما عدم الشبهة فلقوله عليه الصلاة والسلام « ادرءوا الحدود

وَيَثْبُتُ بِالْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ . وَالْبَيِّنَةُ : أَنْ يَشْهَدَ أَرْبَعَةٌ عَلَى رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ بِالزَّنا ، فَإِذَا شَهِدُوا بِسَالِحِهِمُ الْقَاضِي عَنْ مَاهِيَّتِهِ وَكَيْفِيَّتِهِ وَمَكَانِهِ وَزَمَانِهِ وَالْمَرْفُوعِ بِهَا ، فَإِذَا بَيَّنُّوا ذَلِكَ ، وَذَكَرُوا أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ مِنْ كُلِّ وَجْهٍ ، وَشَهِدُوا بِهِ كَالْمَلِيلِ فِي الْمَكْحُولَةِ ، وَعَدُّوا فِي السِّرِّ وَالْعِلَانِيَةِ حَكَمَ بِهِ ، فَإِنْ نَقَصُوا عَنْ أَرْبَعَةٍ فَهُمْ قَذْفَةٌ ،

بالشبهات « ولا بدّ فيه من مجاوزة الختان ، لأن المخالطة بذلك تتحقق وما دون ذلك ملازمة لا يتعلق بها أحكام الوطء من غسل وكفارة وصوم وفساد حج . قال (ويثبت بالبينة والإقرار) لأنهما حجج الشرع ، وبهما تثبت الأحكام على ما مرّ في الدعوى ، وقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم - دليل على أن الزنا الذي رموه به يثبت إذا أتوا بأربعة شهداء حتى يسهل عليهم حدّ القذف وهي البينة . واما الإقرار فالصدق فيه راجع لأنه إقرار على نفسه وفيه مضرة على نفسه ، وبه رجم عليه الصلاة والسلام ماعزا ، والعلم القطعي متعذر في حقنا فيكتفى بالظاهر الراجح (والبينة : أن يشهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا) لما تلونا ، ولقوله تعالى - واللاتي يأتين افواحدة من نسائك فاستشهدوا عليهن أربعة منكم - شرط الأربعة للحديث الذي تقدّم في اللعان (فإذا شهدوا يسألهم القاضي عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزني بها) لأن في ذلك احتيالا للدرء المندوب إليه بقوله عليه الصلاة والسلام « ادفعوا الحدود ما استطعتم » . أما السؤال عن ماهيته وكيفيته فلاحتمال أنه اشتبه عليه فظنّ غير الزنا زنا ، فان ما دون الزنا يسمى زنا مجازا ، قال عليه الصلاة والسلام « العيانان تزنيان ، واليدان تزنيان ، والرجلان تزنيان ، ويحقق ذلك الفرج (١) » . وأما السؤال عن المكان والزمان فلاحتمال أنه زنا في دار الحرب أو في زمان الصبا ، أو في المتقادم من الزمان فيسقط الحدّ على ما يأتي إن شاء الله تعالى . وأما السؤال عن المزني بها لاحتمال أنها ممن تحلّ له أو له فيها شبهة لا يعرفها الشهود ، فان سألهم فقالوا : لا نزيد على هذا لا يحدّون لأنهم شهدوا بالزنا وهم أربعة وما قذفوا . قال (فإذا بينوا ذلك وذكروا أنها محرّمة عليه من كل وجه ، وشهدوا به كالميل في المكحلة وعدّوا في السِّرِّ والعِلَانِيَةِ حَكَمَ بِهِ) لثبوتها بالبينة ، وكيفية التعديل ذكرناه في الشهادات ، ولم يكتف أبو حنيفة رحمه الله بظاهر العدالة في الحدود احتيالا للدرء المندوب إليه (فإن نقصوا عن أربعة فهم قذفة) يحدّون للقذف إذا طلب المشهود عليه لأنه تعالى أوجب الحدّ عند عدم شهادة الأربع ، وكذلك إن جاءوا متفرّقين إلا أن يكون في مجلس واحد في ساعة

(١) قوله ويحقق ذلك الفرج ، تنمة الحديث في رواية أخرى « والفرج يصدق ذلك ويكذبه » .

وَلَا يَرْجِعُوا قَبْلَ الرَّجْمِ سَقَطَ وَحْدُوا ، وَلَا يَرْجِعُوا بَعْدَ الرَّجْمِ يَضْمَنُونَ الدِّيَّةَ ، وَلَا يَرْجِعَ وَاحِدٌ فَرُبُّعُهَا ، وَلَا يَشْهَدُوا بِيَزْنًا مُتَقَادِمٍ كَمْ يَمْنَعُهُمْ عَنْ إِقَامَتِهِ بَعْدَهُمْ عَنْ الْإِمَامِ كَمْ تُقْبَلُ .

واحدة ، لأن قولهم احتمل أن يكون شهادة ، واحتمل أن يكون قذفا ، وإنما تتميز الشهادة عن القذف إذا وقعت جملة ، ولا يمكن ذلك دفعة واحدة منهم فاعتبرنا اتحاد المجلس وإن شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحدّ لقيام الشبهة لاحتمال أنها زوجته أو أمته . قال (وإن رجعوا قبل الرجم سقط وحدوا) أما سقوط الحدّ فلبطلان الشهادة بالرجوع ؛ وأما وجوب الحدّ عليهم فلأنهم قذفة (وإن رجعوا بعد الرجم يضمنون الدية) لأنهم تسببوا إلى قتله ، والمتسبب تجب عليه الدية كحافر البئر (وإن رجع واحد فربيعها) لأنه تلف بشهادته ربع النفس ؛ أو نقول : بقي من يبقّى بشهادته ثلاثة أرباع الحقّ فيكون التالف بشهادته ربع الحقّ ، ولا وجه إلى وجوب القصاص لأنه متسبب ولاقصاص على المتسبب ، ويحدّ حدّ القذف مع الدية خلافا لزفر لأنه قذف حيا ومات فبطل ؛ وإن كان قذف ميتا فقد رجم بقضاء فأورث شبهة . ولنا أن الشهادة إنما تصير قذفا بالرجوع فيجعل قاذفا للميت حالة الرجوع فقد بطلت الحجة فبطل القضاء الذي يبتنى عليها فلا يورث شبهة ؛ وإن رجعوا بعد الجلد فالحدّ لما مرّ ولا يضمنون أرش السياط ، وكذلك إن مات من الجلد ، وقالوا : يضمنون ، وإن رجع واحد فعليه ربع الأرش ، وإن مات فربع الدية لأنه من الجلد وقد حصل بسبب الشهادة ، فكان الشاهد هو الموجب كما في الرجم . ولأنّ حنيفة أن أثر الضرب والموت ليس موجب الشهادة ، لأن الجلد قد يؤثر ولا يؤثر ، وقد يموت منه ولا يموت ، ولو كان موجب الشهادة لما انفكّ عنها كما في الرجم ، وإذا لم يكن موجب الشهادة لا يلزم الشاهد ضمانه ، ولأنه لو وجب إما أن يجب على الشاهد ولا وجه له لما بينا . أو على الجلالد ولا وجه له أيضا لأنه مأذون في فعله لاعلى وجه البدل ، ولم يتعمد تجاوز ما أمر به كعين القصار ، ولأننا لو أوجبناه عليه لامتنع الناس من ذلك وفيه ضرر جليّ ، أو على بيت المال . ولا وجه له ، لأن الحكم غير موجب له لأنه ينفكّ عنه غالبا فلا يجب كما قلنا في الشاهد . قال (وإن شهدوا بيزنا متقادِم لم يمنعه عن إقامته بعدهم عن الإمام لم تقبل) لما روى أن عمر رضى الله عنه خطب فقال : أيما شهود شهدوا بحدّ لم يشهدوا عند حضرته فانما هم شهود ضغن لا تقبل شهادتهم ، ولأنها شهادة تمكنت فيها تهمة فبطل . بيانه أن الشهود إذا عاينوا الفاحشة فهم بالخيار إن شاءوا شهدوا به حسبة لإقامة الحدّ ، وإن شاءوا ستروا على المسلم حسبة أيضا ، فإن اختاروا الأداء حرم عليهم التأخير ، لأن تأخير الحدّ حرام ، فيحمل تأخيرهم على السر حسبة حملا لم على الأحسن ، فاذا أخروا

وَيَثْبُتُ بِالْإِقْرَارِ ، وَهُوَ أَنْ يُقَرَّ الْعَاقِلُ الْبَالِغُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ فِي أَرْبَعِ مَجَالِسٍ يَرُدُّهُ الْقَاضِي فِي كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى لَا يَرَاهُ ، ثُمَّ يَسْأَلُهُ كَمَا يَسْأَلُ الشُّهُودَ إِلَّا عَنْ الزَّمَانِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ .

ثمَّ شهدوا اتهموا أنهم إنَّما شهدوا لضغينة حملتهم على ذلك كما قال عمر رضي الله عنه ، وإن كان تأخيرهم للحسبة السَّتر ثبت فسقهم وردَّتْ شهادتهم ، بخلاف الإقرار لأنَّ الإنسان لا يعادى نفسه فلا يتهم ؛ ثمَّ التقادم في الحدود الحالصة لله تعالى يمنع قبول الشهادة إلا إذا كان التأخير لعذر كبعد المسافة أو مرض ونحو ذلك ؛ فحدُّ الزنا والشرب والسَّرقَة خالص حقَّ الله تعالى حتى يصحَّ رجوع المقرِّ عنها فيكون التقادم فيها مانعا ؛ وحدُّ القذف فيه حقَّ العبد لما فيه من دفع العار عنه ، ولهذا توقف على دعواه ولا يصحَّ الرجوع عنه ، فالتقادم فيه لا يمنع قبول الشهادة لأنَّ الدعوى فيه شرط ، فاحتمل أن تأخيرهم لتأخير الدعوى فلا يتهمون في ذلك ؛ ولا يلزم حدُّ السَّرقَة لأنَّ الدعوى شرط للمال لا للحدِّ ، لأنَّ الحدَّ خالص حقَّ الله ، ولأنَّ السَّرقَة تكون في السرِّ والخفية من المالك فيجب على الشاهد إعلامه ، فبالتأخير يفسق أيضا . وأما حدُّ التقادم فأبوحنيفة لم يقدر في ذلك وقرَّضه إلى رأى الإمام كما هو دأبه . وروى المولى عن أبي يوسف قال : جهدنا بأبي حنيفة أن يوقت في التقادم شيئا ، لأنَّ التقادم يختلف باختلاف الأحوال والأعذار وردَّه إلى اجتهاد الحاكم . وروى حسن ومحمد عن أبي حنيفة أنهم إذا شهدوا بعد سنة لم تقبل شهادتهم ، وهذا لا ينافي الأوَّل لأنه جعل السنة تقادما ولم يمنع ما دونها . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا شهدوا بعد مضيَّ شهر فهو تقادم لأنه في حكم البعيد وما دونه في حكم القريب ، فوجب أن يقدر التقادم به إذا لم يكن عذرا . وعن الطحاوي ستة أشهر (ويثبت بالإقرار ، وهو أن يقَرَّ العاقل البالغ أربع مرَّات في أربع مجالس يردُّه القاضي في كُلِّ مَرَّةٍ حَتَّى لَا يَرَاهُ ثُمَّ يَسْأَلُهُ كَمَا يَسْأَلُ الشُّهُودَ إِلَّا عَنْ الزَّمَانِ ، فَإِذَا بَيَّنَّ ذَلِكَ لَزِمَهُ الْحَدُّ) أما اشتراط العقل والبلوغ فلائهما شرط للتكاليف ، وأما اشتراط الأربع فلما روى « أن معاذ بن مالك أقرَّ عند النبيَّ عليه الصلاة والسلام فأعرض عنه ، فعاد فأقرَّ فأعرض عنه ، فعاد الثالثة فأقرَّ فأعرض عنه ، فعاد الرابعة فأقرَّ ، فقال عليه الصلاة والسلام : الآن أقررت أربعاً فبمن ؟ » وفي رواية « فأعرض عنه حتى خرج من المسجد ثمَّ عاد » والتسلُّك به من وجوه : أحدها أن الحدَّ لو وجب بالمرَّة الواحدة لم يؤخره إلى الرابعة لأنه لا يجوز تأخير الحدِّ إذا وجب ، قال عليه الصلاة والسلام « ما ينبغي لوالى حدٍّ أتى في حدٍّ من حدود الله تعالى إلا إقامته » . الثاني أن قوله عليه الصلاة والسلام « الآن أقررت أربعاً » دليل على أنَّ الموجب هو الإقرار أربعاً ، هذا هو المفهوم من فحوى هذا الكلام . الثالث ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه لما أفر الثالثة قال له

وإِذَا رَجَعَ عَنْ إِقْرَارِهِ قَبْلَ الْحَدِّ أَوْ فِي وَسْطِهِ خُلِّيَ سَبِيلُهُ . وَيُسْتَحَبُّ لِلْإِمَامِ أَنْ يُلْقِنَهُ الرَّجُوعَ كَقَوْلِهِ لَهُ : لَعَلَّكَ وَطِئْتَ بِشُبْهَةٍ ، أَوْ قَبَّلْتَ ، أَوْ لَمَسْتَ .

إن أقررت الرابعة رجمك رسول الله ، وهذا دليل على أنهم علموا أن الرابعة شرط لوجوب الرجم ، ومثل هذا لا يعلم إلا توقيفا . وكذلك روى عن أبي بريدة أنه قال « كنا نتحدث بين يدي رسول الله عليه الصلاة والسلام أن ما عزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يبرحه صلى الله عليه وسلم » وهذا دليل على أنهم عرفوه شريعة قبل رجم ما عز ، ولأن الزنا اختص بزيادة تأكيد لم يجب في غيره من الحدود إعظاما لأمره وتحقيقا لمعنى السر كزيادة عدد الشهود والسؤال عن حال المقر ، فيناسب أن يختص بزيادة العدد في الأقارير أيضا واشترط اختلاف المجالس لما روينا ، ولأن اتحاد المجلس يؤثر في جميع المتفرقات فتثبت شبهة الاتحاد في الإقرار ، والمعتبر اختلاف مجلس المقر لأن الإقرار قائم به دون القاضي ، فاذا أقر أربعا على ما وصفنا يسأل القاضي عن حاله ، لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لما عز « أبك داء ؟ أبك خبل ؟ أبك ؟ جنون ؟ فقال لا ، وبعث إلى قومه فسألهم هل تنكرون من حاله شيئا ؟ قالوا لا ، فأمر به فرجم » فاذا عرف صحة عقله سأله عن الزنا لما تقدم في الشهود ، واحتمال أنه وطئها فيما دون الفرج واعتقده زنا ، ولأنه صلى الله عليه وسلم قال لما عز لعلك لمست ، لعلك قبلت ، لعلك باشرت ، فلما ذكر ما عز النون والكاف قبل إقراره « ويسأله عن المزني بها لأنه صلى الله عليه وسلم قال لما عز : فيمن ؟ وبلجواز أنه وطئ من لا يجب الحد بوطنها كجارية الابن والجارية المشتركة ونحوهما وهو لا يعلم ذلك ، ويسأله عن المكان لما بينا ولا يسأله عن الزمان ، لأن التقادم لا يمنع قبول الإقرار لما بينا ، وقيل يسأله بلجواز أنه زنى حالة الصغر ، فإذا بين ذلك لزمه الحد تمام الحجة ولما روينا . قال (وإذا رجع عن إقراره قبل الحد أو في وسطه خلى سبيله) لأن رجوعه إخبار يحتمل الصدق كالإقرار ولا مكذب له . فتحققت شبهة لتعارض الإقرار بالرجوع ، بخلاف القصاص وحد القذف لأنه حق العبد فإنه يكذبه فلا معارض للإقرار الأول . وروى « أن ما عزا لما مسه حر الحجارة هرب ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : هلا خليم سبيله » فجعل الحرب الدال على الرجوع مسقطا للحد فلأن يسقط بصريح الرجوع أولى (ويستحب للإمام أن يلقيه الرجوع كقوله له : لعلك وطئت بشبهة ، أو قبلت ، أو لمست) لما روينا واحتياالا للدرء . وروى « أنه صلى الله عليه وسلم أتى بسارق فقال له : ما إخالك (١) سرقت » وفيه دليل على جواز التلقين

(١) قوله ما إخالك ، في نسخة ما إخاله سرق .

وَحَدَّثَ الزَّانِي إِنْ كَانَ مُحْصَنًا الرَّجْمُ بِالْحِجَارَةِ حَتَّى يَمُوتَ ، يُخْرِجُ إِلَى أَرْضٍ
فَضَاءٍ ، فَإِنْ كَانَ ثَبَتَ بِالْبَيِّنَةِ يَبْتَدِئُ الشُّهُودُ ثُمَّ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، فَإِذَا
مَتَّعَ الشُّهُودُ أَوْ بَعْضُهُمْ لَا يُرْجَمُ ،

وعلى سقوط الحدّ بالرجوع وإلما أفاد التلقين . وإذا أقر الخصى بالزنا يحدّ لأنه قادر
على الإيلاج لسلامة آله ، ولو أقر المحبوب لا يحدّ لكذبه قطعاً ، وكذلك الشهادة عليهما ،
ولا يحدّ الآخرس بالإقرار إشارة للشبهة ، وإذا أقر أنه زنى بامرأة غائبة أقيم عليه الحدّ
استحساناً ، والقياس أن لا يحدّا حتى تحضر لجواز أنها تدعى شبهة لسقوط الحدّ . وجه
الاستحسان أن ما عزا أقرّ بالزنا بامرأة غائبة فرجه صلى الله عليه وسلم قبل إحضارها .
المقضى برجه إذا قتله إنسان أو فقاً عينه لاشيء عليه ، ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص
في العمد والدية في الخطأ لأنه إنما يصير مباح الدم بالقضاء .

فصل

(وحدّ الزاني إن كان محصناً الرجم بالحجارة حتى يموت) لحديث ما عر أنه صلى
الله عليه وسلم رجمه وكان محصناً . وقال صلى الله عليه وسلم « لا يخلّ دم امرئ مسلم
إلا بثلاث » وذكر منها « أو زنا بعد إحصان » والنبي صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية .
وعن عمر رضي الله عنه أنه قال : مما أنزل الله آية الرجم - الشيخ والشيخة إذا زنيا فارجموهما
ألبتة - وهذا مما قالوا إنه قرآن نسخ لفظه وبقي معناه ، وعلى ذلك إجماع العلماء . قال
(يخرج إلى أرض فضاء) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم بما عر أمر برجه ولم يخفر له
قال (فإن كان ثبت بالبيينة يبتدئ الشهود ثم الإمام ثم الناس) لما روى عن علي رضي
الله عنه أنه بدأ برجم الهمدانية لما أقرت عنده بالزنا وقال : الرجم رجمان : رجم سرّ .
ورجم علانية ، فالعلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها . والسرّ أن يشهد الشهود فترجم
الشهود ثم الإمام ثم الناس ، ولأن البداءة بالشهود ضرب احتيال للدرء ؛ لأن الشاهد قد
يتجاسر على الأداء وتعاظم المباشرة حرمة للنفس فيرجع عن الشهادة . قال (فإذا امتنع
الشهود أو بعضهم لا يرجم) لأنه دليل رجوعهم . وكذا إذا غابوا في ظاهر الرواية
لفوات الشرط . وكذا إذا ماتوا أو مات بعضهم . وكذا إذا جنوا أو فسقوا أو قذفوا
فحدّوا أو حدّ أحدهم أو عصى أو خرس أو ارتدّ . لأن الطاريء على الحدّ قبل الاستيفاء
كالوجود في الابتداء كما في رجوع المقرّ فصار كأنهم شهدوا وهم بهذه الصفة فلا يحدّ .
وعن أبي يوسف : إذا غاب الشهود رجم ولم ينتظروا ، وكذا إذا امتنعوا أو امتنع بعضهم
لأنه حدّ فلا يشترط فيه مباشرة الشهود كالجلد . قلنا الجلد لا يحسنه كل أحد فربما وقع

وَأَنَّ ثَبَّتَ بِالْإِقْرَارِ ابْتَدَأَ الْإِمَامُ ثُمَّ النَّاسُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُخَصَّنًا فَحَدَّهُ الْجُلْدُ مِائَةً لِلنَّحْرِ وَخَمْسُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيُضْرَبُ بِسَوْطٍ لَا ثَمَرَةَ لَهُ ضَرْبًا مُتَوَسِّطًا يُفَرِّقُهُ عَلَى أَعْضَائِهِ إِلَّا رَأْسَهُ وَوَجْهَهُ وَقَرْجَهُ ،

مهلكا ، ولا كذلك الرجم لأنه إلتلاف . وعن محمد : إذا كانوا مرضى أو مقطوعى الأيدي يبتدىء الإمام ثم الناس لأن الامتناع إذا كان بعذر ظاهر زالت التهمة ، ولا كذلك لو ماتوا لاحتمال الرجوع أو الامتناع فكان ذلك شبهة ؛ ولا بأس لكل من رى أن يعتمد مقتله لأنه واجب القتل إلا أن يكون ذا رحم منه ، فالأولى أن لا يعتمد مقتله ويولى ذلك غيره لأنه نوع من قطيعة الرحم من غير حاجة . قال (وإن ثبت بالإقرار ابتداء الإمام ثم الناس) لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم حفر للغامدية حفرة إلى صدرها وأخذ حصاة مثل الحمصة فرماها بها وقال : ارموا واتقوا الوجه ، فلما طعنت أخرجها وصلى عليها وقال : لقد تابت توبت لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم » والحديث على رضى الله عنه ، ولا ينبغي أن يربط المرجوم ولا يمسك ولا يحفر للرجل لكنه يقام قائما ثم يرمى لأنه صلى الله عليه وسلم لم يفعل شيئا من ذلك بما عر ، وما نقل أنه هرب دليل عليه ، ويغسل ويكفن ويصلى عليه لما مر من حديث الغامدية . وقال صلى الله عليه وسلم في ماعز « اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم ، فقد تاب توبة لو تابها صاحب مكس غفر له ، ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة » ولأنه مقتول بحق فصار كالمقتول قصاصا . قال (وإن لم يكن محصنا فحدّه الجلد مائة للنحر وخمسون للعبد) قال تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة - وقال تعالى في حق الإمام - فإن أتيت بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب - . قال (يضرب بسوط لاثمة له (١) ضربا متوسطا يفرقه على أعضائه إلا رأسه ووجهه وفرجه) لأن عليا رضى الله عنه كسر ثمرة السوط لما أراد إقامة الحد به والمتوسط من الضرب بين المتلف وغير المؤلم ليحصل المقصود ، وهو الانزجار بدون الهلاك . وأما التفريق على الأعضاء لأنه إذا جمع الضرب في مكان واحد ربما أدى إلى التلف ، والحد غير متلف ، وليدخل الألم على كل عضو كما وصلت اللذة إليه ، إلا أنه يتقى الأعضاء التي لا يؤمن فيها التلف ، أو تلف ما ليس بمستحق ، إذ التلف ليس بمستحق فالرأس والفرج مقتل ، والوجه مكان البصر والشم . وعن عمر رضى الله عنه أنه قال للجلاد : اتق الرأس والوجه . وعن أبي يوسف أنه يضرب الرأس ، فقد روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه قال : اضربوا الرأس فإن الشيطان فيه ، ولأنه لا يخشى التلف بسوط وسوطين ، وجوابه ما مر ، وأثر الصديق ورد في حرب كان راعيا وهو مستحق القتل .

(١) قوله لاثمة له ، قال في مختار الصحاح : وثمر السياط : عقد أطرافها اه مصححه .

وَيُجَرَّدُ عَنْ ثِيَابِهِ إِلَّا الْإِزَارَ ، وَلَا تُجَرَّدُ الْمَرْأَةُ إِلَّا عَنِ الْفَرْوِ وَالْحَشْوِ ، وَإِنْ حُفِرَ لَهَا فِي الرَّجْمِ جَاوِزٌ ، وَيَضْرَبُ الرَّجُلُ قَائِمًا فِي جَمِيعِ الْحُدُودِ ، وَلَا يُجْمَعُ عَلَى الْمُحْصَنِ الْجُلْدُ وَالرَّجْمُ ، وَلَا يُجْمَعُ عَلَى غَيْرِ الْمُحْصَنِ الْجُلْدُ وَالنَّقْيُ إِلَّا أَنْ يَرَاهُ الْإِمَامُ مُصْلِحَةً فَيَفْعَلَهُ بِمَا يَرَاهُ ،

قال (ويجرد عن ثيابه إلا الإزار) هكذا نقل عن علي رضي الله عنه ، ولأنه أبلغ في إيصال الألم إليه ، وحد الزنا مبناه على شدة الضرب فيقع أبلغ في الزجر ، ونزع الإزار يؤدي إلى كشف العورة فلا ينزع . قال (ولا تجرد المرأة إلا عن الفرو والحشو) لأن مبنى حاله على السر ، وفي نزع ثيابها كشف عورتها ، والستر يحصل بدون الحشو والفرو ، وفيهما منع من وصول الألم فينزاعان وتضرب جالسة لأنه أستر لها . وعن علي رضي الله عنه : يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا (وإن حفر لها في الرجم جاز) لما روينا من حديث الغامدية ، وعلي رضي الله عنه حفر للهمدانية ، وإن تركه لا يضرب لأنه غير مأمور به (ويضرب الرجل قائما في جميع الحدود) لحديث علي رضي الله عنه ، ولا يمد ولا يشد لأنه زيادة عقوبة غير مستحقة عليه . قال (ولا يجمع على المحصن الجلد والرجم) لأنه صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ولم يجلده ، ولأنه لافائدة في الجلد ، لأن المراد من الحد الزجر وهو لا يزرع بعد هلاكه ، وزجر غيره يحصل بالرجم إذ القتل أبلغ العقوبات ، وهو مذهب عامة العلماء . قال (ولا يجمع على غير المحصن الجلد والنقي) لقوله تعالى - الزانية والزاني فاجلدوا - الآية ، وأنه بيان لجميع الحكم لأنه كل المذكور ، أو لأنه ذكره بحرف الفاء وهو الجزاء ، فلا يزداد عليه إلا بدليل يساويه أو يرجح عليه ، إذ الزيادة على النص نسخ . ولأن النقي يفتح عليها باب الزنا لقلة استحياؤها من عشيرتها وفيه قطع المسادة عنها فربما اتخذت ذلك مكسبا وفيه من الفساد ما لا يخفى ، وإليه الإشارة بقول علي رضي الله عنه : كفى بالتغريب فتنة . وأما قوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام » قلنا الآية متأخرة عنه فنسخته . بيانه أن الجلد في الأصل كان الإيذاء لقوله تعالى - فأذوهما - ثم نسخ بالحبس بقوله تعالى - فأمسكوهن في البيوت - إلى قوله - أو يجعل الله لهن سبيلا - ثم قال صلى الله عليه وسلم « خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا » الحديث (١) فكان بيانا للسبيل الموعود في الآية ، وذلك قبل نزول آية الجلد ، فكانت ناسخة للكل ، أو نقول : هو حديث آحاد فلا يزداد به على الكتاب لما بينا . قال (إلا أن يراه الإمام مصلحة فيفعله بما يراه) فيكون سياسة وتعزيرا لاحدا ، وهو تأويل ما روى من التغريب

(١) قوله الحديث ، هو قوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ، والثيب بالثيب جلد مائة والرجم » اهـ مصححه .

وَلَا يُقِيمُ الْمَوْلَى الْحَدَّ عَلَى عَبْدِهِ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ ، وَإِذَا كَانَ الزَّانِي مَرِيضًا ،
فَإِنْ كَانَ مُحْصَنًا رُجِمَ ، وَإِلَّا لَا يُجْلَدُ حَتَّى يَبْرَأَ ، وَالْمَرْأَةُ الْحَامِلُ لَا تُتَّخَذُ حَتَّى
تَضَعَ حَمْلَهَا ، فَإِنْ كَانَ حَدُّهَا الْجُلْدُ فَحَتَّى تَتَعَالَى مِنْ نِفَاسِهَا ، وَإِنْ كَانَ
الرَّجْمُ فَعَقِيبَ الْوِلَادَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلصَّغِيرِ مَنْ يُرَبِّيهِ فَحَتَّى يَسْتَغْنِيَ
عَنْهَا .

عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما ، فانه روى عن عمر أنه
نفي رجلا فلقح بالروم فقال : لأئننى بعدها أحدا ؛ ولو كان النفي حدا لم يجز تركه ، قال
تعالى - ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر - فدل أنه كان
سياسة وتعريزا ، ولأنه لو كان حدا لاشتهر بين الصحابة كسائر الحدود ، ولو اشتهر لما
اختلفوا فيه ؛ وقد اختلفوا لما تقدم من قول علي ورجوع عمر فدل على أنه ليس بحد ،
ولا يقام الحد في مسجد . وروى ابن عباس رضي الله عنهما قال : قال رسول الله صلى
الله عليه وسلم « لا تقام الحدود في المساجد » وروى حكيم بن حزام قال « نهى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن يستقاد في المساجد أو ينشد فيها الشعر أو يقام فيها الحدود » ولأنه
عساه ينفصل منه ما ينجس المسجد ، وللإمام أن يخرج به إلى باب المسجد ويأمر من يجلبده
وهو يشاهده ، ويجوز له أن يبعث بأمين ويأمره بإقامة الحد . قال صلى الله عليه وسلم
في حديث العسيف « واغديا أنيس إلى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها » . قال (ولا يقيم
المولى الحد على عبده إلا بإذن الإمام) لأن الحد حق الله تعالى فلا يستوفيه إلا نائبه ،
وهو الإمام أو نائبه ؛ بخلاف التعزير لأنه حق العبد حتى جاز تعزير الصبي ، وحقوق
الشرع موضوعة عنه ، ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « أربع إلى الولاية » وعد منها
إقامة الحدود ، ولأن المولى منهم في إقامة الحد على عبده لأنه يخاف نقصان ماليته فلا يضرب
الضرب المشروع فلا تحصل مصلحة الزجر فلا يكون له ذلك . قال (وإذا كان الزاني
مريضا فإن كان محصنا رجم) لأن الإتلاف مستحق عليه فلا معنى للتأخير . قال (وإلا
لا يجلد حتى يبرأ) لأنه ربما أفضى إلى الهلاك وليس مشروعا ، ولهذا أمر صلى الله عليه وسلم
بخسم يد السارق ، ولهذا لا يقطع في البرد الشديد والحر الشديد . قال (والمرأة الحامل
لا تحدد حتى تضع حملها) لأنه يخاف من الحد هلاك ولدها البريء عن الجنابة . وروى أن
عمر رضي الله عنه هم برجم حامل ، فقال له علي رضي الله عنه : إن كان لك عليها
سبيل فلا سبيل لك على ما في بطنها فعلى عنها ، فإذا ولدت (فان كان حداها الجلد
فحتى تتعالى من نفاستها) لأنها مريضة ضعيفة (وإن كان الرجم فعقب الولادة) لأن
التأخير كان بسبب الولادة قد انفصل عنها (وإن لم يكن للصغير من يربيته فحتى يستغنى عنها)

وإحصانُ الرَّجْمِ : الحُرِّيَّةُ وَالْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْإِسْلَامُ وَالْدُخُولُ ، وَهُوَ الإِيلَاجُ فِي الْقَبْلِ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ وَهُمَا بِصِفَةِ الإِحْصَانِ .

لأن في ذلك صيانة الولد عن الهلاك . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال للغامدية لما أقرت بالزنا وهي حامل « اذهبي حتى تضعي ، فلما وضعت جاءت ، فقال لها : ارجعي حتى يستغني ولدك ، فجاءت وفي يده خبز فقالت : يا رسول الله هذا ولدي قد استغني ، فأمر بها فرجمت » ويحبس المريض حتى يبرأ والحامل حتى تضع إن ثبت بالبينة مخافة أن تهرب ، وإن ثبت بالإقرار لا يحبس لأن الرجوع عنه صحيح فلا فائدة في الحبس . والنبي صلى الله عليه وسلم لم يحبس الغامدية ؛ ولو قالت الزانية : أنا حبل يريها النساء ، فان قلن هي حبل حبسها سنتين ثم رجها ، وهذا التقادم لا يمنع الإقامة لأنه بعذر ؛ ولو كان من عليه الحد ضعيف الحلقة يخاف عليه الهلاك لو ضرب شديدا يضرب مقدار ما يتحملة من الضرب . قال (وإحصان الرجم : الحرية والعقل والبلوغ والإسلام والدخول ، وهو الإيلاج في القبل في نكاح صحيح وهما بصفة الإحصان) أما الحرية فلقوله تعالى - فعليه نصف ماعلى المحصنات من العذاب - أوجب عليهن عقوبة تنصف والرجم لا ينصف فلا يجب على الإمام ، وأما العقل والبلوغ فلا لأنه لا خطاب بدونهما . وأما الإسلام فلقوله صلى الله عليه وسلم « من أشرك بالله فليس بمحصن » وما روى أنه صلى الله عليه وسلم رجم يهوديين فانما رجهما بحكم التوراة والقصة مشهورة . وأما النكاح الصحيح والدخول فلقوله صلى الله عليه وسلم « البكر بالبكر جلد مائة » والبكر اسم لمن لم يتزوج ولأن به يتوصل إلى الرطء الحلال ، وإنما يشترط الدخول لقوله صلى الله عليه وسلم « الثيب بالثيب جلد مائة » ورجم بالحجارة « والثيب هو الواطئ » في النكاح الحلال في القبل . ولأن هذه نعم متوافرة متكاملة صادرة له عن الفاحشة فكانت جنايته عند وجودها متغلظة ، فان الجناية والمعصية عند تكامل نعم المنعم أقبح وأفحش فيناسب تغليظ العقوبة في حقه . وأما كونهما على صفة الإحصان فلأن كل وطء لا يوجب إحصان أحد الواطئين لا يوجب إحصان الآخر كالمملوكين والمجنونين . وصورته : لو تزوج بأمة أو صبية أو مجنونة أو كافرة ودخل بها لم يصير محصنا . وكذا لو كانت حرة عاقلة بالغة وهو عبد أو صبي أو مجنون لا نصير محصنة إلا إذا دخل بها بعد الإسلام والعق والبلوغ والإفاقة . فحينئذ يصير محصنا بهذه الإصابة لا بما قبلها ، لأن نعم الزوجية لا تتكامل مع هؤلاء . لأن هذه المعاني تنفر الطباع إما لعدو الدين أو لذم الرق أو لعدم العقل أو لنقصانه وعدم ميل الصبية إليه فلا تغلظ جنايته . وعن أبي يوسف أنه لا يشترط الدخول على صفة الإحصان ، وعنه أن الوطء إذا حصل قبل العتق ثم أعقا صار محصنين بالوطء الأول . والجواب عن الأول أن كل وطء لا يوجب إحصان أحده

وَيَثْبُتُ الْإِحْصَانَ بِالْإِقْرَارِ ، أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ ؛ وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ مَعْرُوفٌ .

فصل

وَمَنْ وَطِئَ جَارِيَةَ وَلَدِهِ وَإِنْ سَقَلَ وَقَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا عَلَى حَرَامٍ ، أَوْ وَطِئَ جَارِيَةَ أَبِيهِ وَإِنْ عَلَا أَوْ أُمَّهُ أَوْ زَوْجَتِهِ أَوْ سَيِّدِهِ أَوْ مُعْتَدَّتَهُ عَنْ ثَلَاثٍ وَقَالَ : ظَنَنْتُ أَنَّهَا حَلَالٌ لَمْ يُحَدِّثْ ، وَكَتَبَ قَالَ : عَلِمْتُ أَنَّهَا حَرَامٌ حَدٌّ ؛ وَفِي جَارِيَةِ الْأَخِ وَالْعَمِّ يُحَدِّثُ بِكُلِّ حَالٍ ،

لا يوجب إحصان الآخر كما بينا . وعن الأخرى أن كل طء لا يوجب الإحصان عند وجوده لا يوجبه في الثاني من الزمان كوطء المولى . وعن أبي يوسف إذا دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوها ثم أفاق لا يكون محصنا حتى يدخل بها بعد الإفاقة ، لأن الإحصان الأول بطل فلا يثبت إحصان مستأنف إلا بدخول مستأنف . قال (ويثبت الإحصان بالإقرار) لأنه غير متهم في حق نفسه (أو بشهادة رجلين ، أو رجل وامرأتين) لأن الإحصان ليس علة لوجوب الرجم لأنه عبارة عن خصال حميدة وأوصاف جميلة وذلك لا أثر له في العقوبة فلا يشترط لثبوته ما يشترط لوجوب الرجم ، وإنما الإحصان شرط محض (وكذلك إن كان بينهما ولد معروف) لأنه دليل ظاهر على الدخول في النكاح الصحيح وذلك يثبت به الإحصان ؛ ويكفي في الإحصان أن يقول الشهود دخل بها . وقال محمد : لا بد أن يقولوا باضعها أو جامعها ، لأن الدخول مشترك فلا يثبت الإحصان بالشك . ولهما أن الدخول متى أضيف إلى المرأة بحرف الباء لا يراد به إلا الجماع . قال تعالى - فإن لم تكونوا دخلتم بها - والمراد الجماع ، ولو دخل بامرأة ثم طلقها وقال وطئها وأنكرت صار محصنا ولا تكون محصنة لحدودها ، وكذا لو قالت بعد الطلاق : كنت نصرانية ، وقال : كانت حرة مسلمة ، وإذا كان أحدهما محصنا دون الآخر خص كل واحد بحده ، لأن جنابة أحدهما أخف والآخر أغلظ ، فاذا اختلفا في الجنابة اختلفا في موجبها ضرورة .

فصل

(ومن وطئ جارية ولده وإن سفل وقال : علمت أنها على حرام ، أو وطئ جارية أبيه وإن علَا أو أمه أو زوجته أو سيده أو معتدته عن ثلاث وقال : ظننت أنها حلال لم يحدد ؛ ولو قال : علمت أنها حرام حد ؛ وفي جارية الأخ والعمة يحدد بكل حال) والاصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « ادركوا الحدود بالشبهات » .

وَلَوْ اسْتَأْجَرَ امْرَأَةً لِيَزْنِيَّ بِهَا وَزَنَى بِهَا ، أَوْ وَطِئَ أَجْنَبِيَّةً فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ،
أَوْ لَاطَ فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ وَيُعْزَرُ ،

ثم الشبهة أنواع : شبهة في المحل ، وشبهة في الفعل ، وهى شبهة الاشتباه ، وشبهة في العقد .
أما الشبهة في المحل فهو أن يوطأ جارية ابنه أو عبده المأذون المديون أو مكاتبه ، أو وطئ
البائع الجارية المبيعة يبعها فاسدا قبل القبض وبعده ، أو كان بشرط الخيار ، أو وطئ الجارية
التي جعلها صداقا قبل التسليم ، أو وطئ المبانة بالكنايات في عدتها ، أو وطئ الجارية
المشتركة فإنه لا يجب الحد في جميع هذه الصور . وإن قال : علمت أنها حرام لأن الشبهة
في الملك وهو المحل موجودة سواء علم بالتحريم أو لم يعلم . وأما شبهة الفعل ففيها إذا وطئ
جارية أبيه أو أمه أو جارية زوجته والمطلقة ثلاثا أو على مال في العدة أو أم ولد بعد
العق في العدة أو جارية مولاه ، والمرتهن يوطأ جارية الرهن في إحدى الروايتين ، وفي رواية
يجب الحد ، فإن قال ظننت أنها حلال لاحد عليه ، وإن قال : علمت أنها حرام حد لأنه
ظن أن الفعل مباح له كما يباح له الانتفاع بماله ، أو له نوع حق في المحل ببقاء العدة
فظن أن ذلك يبيح وطأها فكان ظنه مستندا إلى دليل فكان شبهة في درء الحد إذا ادعى
الحل ، وبدون الدعوى انعدمت الشبهة ولا يثبت النسب وإن ادّعاها لأنه زنا محض ، لأن
سقوط الحد لاشتباه الأمر عليه لالشبهة في نفس الأمر ، فإن حضرا فقال أحدهما : ظننت
أنه حلال لاحد على واحد منهما حتى يقرأ جميعا بالحرمة ، لأن أحدهما إذا ادعى الشبهة خرج
فعله عن أن يكون زنا فخرج فعل الآخر فسقط الحد عنهما ، ولو وطئ الجارية المستأجرة
أو المستعارة أو جارية أخيه أو عمه أو ذى رحم محرم غير الولاد حد في الوجهين جميعا لأنه
لم يستند ظنه إلى شبهة صحيحة لأنه لا يحل له الانتفاع بمال هؤلاء ، وملك المنفعة لا يكون سببا
لملك المتعة بحال . وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة بغير إذن مولاه
أو تزوج العبد بغير إذن مولاه ، أو أمة على حرة لاحد عليه ؛ ولو تزوج مجوسية أو خمسة
في عقدة ، أو جمع بين أختين أو تزوج بمحارمه فوطئها فإنه لا يحد عند أبي حنيفة رحمه
الله ، وإن قال علمت أنها على حرام . وعندهما يحد إذا كان عالما بالحرمة لأنه عقد
لم يصادف محله ، لأن محله ما يثبت فيه حكمه ، وحكمه الحل وهو غير ثابت بالإجماع فصار
كإضافة العقد إلى الذكر . ولأبي حنيفة أنه عقد صادف محله ، لأن محله ما هو صالح
لحصول المقصود ، والمقصود من النكاح التوالد والتناسل والأنثى من الآدميات قابلة لذلك ،
وقضيته ثبوت الحل أيضا إلا أنه تقاعد عنه فأورث شبهة وأنها تكفي لسقوط الحد إلا أنه
يجب عليه التعزير ويوجب عقوبة لأنه ارتكب جنابة ليس فيها حد مقدّر فيعزر . قال (ولو
استأجر امرأة ليزني بها وزني بها أو وطئ أجنبية فيما دون الفرج ، أو لاط فلاحده عليه ويعزر

وَلَوْ زُفَّتْ إِلَيْهِ غَيْرُ امْرَأَتِهِ فَوَطَّيْتُهَا لَا يُحْدُثُ وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ ؛ وَلَوْ وَجَدَ عَلَى فِرَاشِهِ امْرَأَةً فَوَطَّيْتُهَا حُدًّا ؛ وَالزَّنا فِي دَارِ الْحَرْبِ وَالْبَغْيِ لَا يُوجِبُ الْحُدَّ ؛

وقالا : يحْدُ في المسائل كلها . لهما في الإجارة أن منافع البضع لاتملك بالإجارة فصار وجود الإجارة وعدمها سواء ، فصار كأنه وطئها من غير شرط . وله ما روى أن امرأة استسقت راعيا لبنا فأبى أن يسقيها حتى تمكنه من نفسها ففعلت ، ثم رفع الأمر إلى عمر رضى الله عنه ، فدرأ الحدَّ عنهما وقال ذلك مهرها ، ولأن الإجارة تملك المنافع ، ومنافع البضع منافع فأورث شبهة وصار كالمتعة . ولهما في اللواط أنها كالزنا لأنها قضاء الشهوة في محل مشتهى على وجه الكمال وقد تمحض حراما فيجب الحد كالزنا ، والصحابة رضى الله عنهم أجمعوا على وجوب الحدَّ فيها ، لكن اختلفوا فيه . قال أبو بكر : يحرق بالنار . وقال علي : عليه حدَّ الزنا . وقال بعضهم : يحبسان في أتون موضع حتى يموتا . وقال بعضهم : يهدم عليهما جدار . وقال ابن عباس رضى الله عنهما : ينكس من مكان مرتفع . وله أنه لا يسمى زنا لغة ولا شرعا ، لأن كلَّ واحد منهما اختص باسم ، وأنه ينشئ الاشتراك كاسم الحمار والفرس فلا يكون زنا فلا يلحق بالزنا في الحدَّ ، إذ الحدود لا تثبت قياسا ، ولأنه لا يوجب المال بحال مَّا فلا يتعلق به الحدَّ كما إذا فعل فيما دون السبيلين ، ولأنه لو كان زنا لما اختلفت الصحابة رضى الله عنهم في حدِّه ، فان حدَّ الزنا منصوص عليه في محكم القرآن ومتواتر السنة ، وليس هو في معنى الزنا لأنه ليس فيه إضاعة الولد ولا اشتباه الأنساب فلا يلحق به . وقوله صلى الله عليه وسلم « اقتلوا الفاعل والمفعول به » محمول على الاستحلال أو السياسة لوجوب القتل مطلقا من غير اشتراط الإحصان ، ويجب التعزير عند أبي حنيفة رحمه الله لما قلنا ، ويسجن زيادة في العقوبة لغلظ الجناية . وأما وطء الأجنبية فيما دون الفرج ، فان كان في الدبر فهو كاللواط حكما واختلافا وتعليلًا ، وإن كان فيما دون السبيلين فانه يعزَّر بالإجماع . قال (ولوزفت إليه غير امرأته فوطئها لا يحْدُ وعليه المهر) بذلك حكم عمر رضى الله عنه ، ولأن الرجل لا يعرف امرأته أول مرة إلا باخبار النساء فقد اعتمد دليلا ، لأن الملك ثابت من حيث الظاهر باخبارهنَّ ، ولا يحْدُ قاذفه لأن الملك معدوم حقيقة . قال (ولو وجد على فراشه امرأة فوطئها حدَّ) لأنه يمكنه معرفة زوجته بكلامها وصوتها وجسدها وحركتها ومسها ، فاذا لم يتفحص عن ذلك لم يعذر بخلاف ما تقدّم ، وكذلك الأعمى إلا إذا دعاها فقالت أنا زوجتك لأنه اعتمد إخبارها وهو دليل ، ولو أجابته ولم تقل أنا فلانة حدَّ ، لأنه يمكنه التفحص بالسؤال وغيره ، لأن الجواب قد يكون من غير من ناداها فيجب عليه التفحص عن حالها . قال (والزنا في دار الحرب والبغى لا يوجب الحدَّ) إذ المقصود هو الانزجار وهو غير حاصل لاقطاع .

وَوَاطِئُ الْبَهِيمَةِ يَعْزَرُ ، وَلَوْ زَنَى بِصَبِيَّةٍ أَوْ مَجْنُونَةٍ حَدٌّ ، وَلَوْ طَاوَعَتِ الْعَاقِلَةُ الْبَالِغَةَ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا لَا يُحَدُّ . وَأَكْثَرُ التَّعْزِيرِ تِسْعَةٌ وَثَلَاثُونَ سَوْطًا ، وَأَقْلَهُ ثَلَاثَةٌ ، وَالتَّعْزِيرُ أَشَدُّ الضَّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ الزَّنا ، ثُمَّ حَدُّ الشُّرْبِ ، ثُمَّ حَدُّ الْقَذْفِ .

الولاية ، لأنه إذا لم ينعقد موجبا لا ينقلب موجبا ، حتى لو غزا الإمام أو من له ولاية الإقامة فإنه يقيم الحد عليهم لأنهم تحت ولايته . قال (وواطئ البهيمة يعزر) لأنه ليس بزنا ولا معناه فلا يجب الحد فيعزر لما بيننا . وذكر ابن سماعه عن أصحابنا رحمهم الله أن كل ما لا يؤكل لحمه يحرق بالنار ، لما روى أبو يوسف بإسناده إلى عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل وقع على بهيمة فعزره وأمر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار ، وإن كان مما يؤكل تذبح وتؤكل ولا تحرق ، وقال : يحرق أيضا هذا إذا كانت البهيمة للفاعل ، فإن كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها ثم يذبحها ، وهذا إنما يعرف سمعا لا قياسا . قال (ولو زنى بصبيبة أو مجنونة حد) خاصة (ولو طاوعت العاقلة البالغة صبيبا أو مجنونا لا يحد) والفرق أن الحد يجب على الرجل بفعل الزنا ، وعلى المرأة بالتمكين من الزنا ، والمأخوذ في حد الزنا الحرمة المحضة . وذلك غير موجود في فعل الصبي لعدم مخاطبة نحوه ، فلا يكون فعلها تمكينا من الزنا فلا يجب الحد ، وفعل العاقل البالغ تمحض حراما فوجب عليه الحد ، ولم يجب على الصبيبة والمجنونة لعدم التكليف . قال (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا ، وأقله ثلاثة) وقيل ما يراه الإمام ، وقيل بقدر الجنابة ، والأصل أن يعزره بما ينزجر به في أكبر رأيه لاختلاف طباع الناس في ذلك ، وإن رأى الإمام أن يضم الحبس إلى التعزير فعل ، لأنه يصلح زاجرا حتى يكتفى به وقد ورد الشرع به . وقال أبو يوسف : أكثره خمسة وسبعون سوطا ، وفي رواية تسعة وسبعون ، والأصل في ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » فهما اعتبرا أدنى الحد ، وهو حد العبد في الشرب والقذف وهو أربعون فنقصا منه سوطا ، وأبو يوسف اعتبر الأقل من حد الأحرار وهو ثمانون فنقص عنه خمسة في رواية ، وهو مأثور عن علي رضى الله عنه ، وفي رواية سوطا ، وهو قول زفر ، وهو القياس ، لأنه نقصان حقيقة ، وتعزير العبد أكثره خمسة وثلاثون عند أبي يوسف فلا يبلغ في تعزيره حد العبد ، ولا في تعزير الحر حد الأحرار . قال (والتعزير أشد الضرب) لأنه خفف من جهة العدد فيثقل من جهة الوصف كيلا يفوت المقصود وهو الانزجار ، ولهذا قلنا لا يفرق على الأعضاء . قال (ثم حد الزنا) لأنه ثبت بدليل مقطوع به وهو الكتاب ، ولأنه أعظم جريمة حتى وجب فيه الرجم . قال (ثم حد الشرب) لأن سببه متيقن به . قال (ثم حد القذف) لأن سببه

باب حد القذف

وَهُوَ ثَمَانُونَ سَوْطًا لِلْحُرِّ وَأَرْبَعُونَ لِلْعَبْدِ ، وَيَجِبُ بِقَذْفِ الْمُحْصَنِ بِصُرِيحِ الزَّنا ، وَتَجِبُ إِقَامَتُهُ بِطَلَبِ الْمُقَذَّوفِ ، وَيُفَرَّقُ عَلَيْهِ وَلَا يُنْزَعُ عَنْهُ إِلَّا الْفَرَوُ وَالْحَشْوُ ، وَيَثْبُتُ بِاقْرَارِهِ مَرَّةً وَاحِدَةً ، وَبِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ ، وَلَا يَبْطُلُ بِالتَّقَادُّمِ وَالرَّجُوعِ . وَإِحْصَانُ الْقَذْفِ : الْعَقْلُ وَالْبُلُوغُ وَالْحُرِّيَّةُ وَالْإِسْلَامُ وَالْعِفَّةُ عَنِ الزَّنا ؛

محتمل ، لأنه يحتمل صدق القاذف ، والله أعلم .

باب حد القذف

القذف في اللغة : الرمي مطلقا ، ومنه القذافة والقذيفة : للمقلع الذي يرمى به ، وقولهم بين قاذف وحاذف : أى رام بالحصى وحاذف بالعصى ، والتقاذف : الترامي ، ومنه الحديث « كان عند عائشة رضى الله عنها قينتان تغنيان بما تقاذف فيه الأنصار من الأشعار يوم بغاث » أى تشامت ، وفيه معنى الرمي ، لأن الشتم رى بما يعيه ويشينه ، وهو في الشرع : رى مخصوص ، وهو الرى بالزنا ، ومنه الحديث : إن هلال بن أمية قذف زوجته : أى رماها بالزنى وقد تكرر في الحديث وفيه الحد (وهو ثمانون سوطا للحر ، وأربعون للعبد ؛ ويجب بقذف المحصن بصريح الزنا) لقوله تعالى - والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة - . والمراد بالرى القذف بالزنا إجماعا ، ويتنصف في العبد لما مر (وتجب لإقامته بطلب المقذوف) لما فيه من حقه وهو دفع العار عنه ؛ وصريح الزنا قوله : يا زانى أو زنيت ، أو يا ابن الزانية ؛ ولو قال : يا ابن الزنى فهو قذف معناه : أنت متولد من الزنا ، ويجب الحد بأى لسان قذفه ، ويجب عند عجز القاذف عن إقامة أربعة شهود على صدق مقالته فيضرب ثمانين وتردّ شهادته أبدا لما تلونا من صريح النص . قال (ويفرق عليه) لما مرّ في الزنا (ولا ينزع عنه إلا الفرو والحشو) لأن سببه غير مقطوع به ، وإنما ينزع عنه الفرو والحشو لأنه يمنع لإبصال الألم إليه . قال (ويثبت باقراره مَرَّةً واحدة وبشهادة رجلين) كما في سائر الحقوق على مامرّ في الشهادات (ولا يبطل بالتقادم والرجوع) لتعلق حقّ العبد به لما مرّ في حد الزنا . قال (وإحصان القذف : العقل والبلوغ والحرية والإسلام والعفة عن الزنا) أما الحرية والإسلام فلما مرّ في حدّ الزنا ، وأما العقل والبلوغ فلا لأن الصبيّ والمجنون لا يلحقهما العار لعدم تحقق فعل الزنا منهما ، وأما العفة فلا لأن غير العفيف لا يلحقه العار ، ولأن حدّ القذف يجب جزاء

رَمَنْ قَالَ لِبَغِيرِهِ : يَا ابْنَ الزَّانِيَةِ ، أَوْ لَسْتَ لِأَبِيكَ حَدٌّ ، وَلَا يُطَالِبُ
بِقَذْفِ الْمَيْتِ إِلَّا مَنْ يَقَعُ الْقَدْحُ بِقَذْفِهِ فِي نَسَبِهِ ؛ وَلَيْسَ لِلْإِبْنِ وَالْعَبْدِ
أَنْ يُطَالِبَ أَبَاهُ أَوْ سَيِّدَهُ بِقَذْفِ أُمِّهِ الْحُرَّةِ . وَمَنْ وَطِئَ وَطْئًا حَرَامًا فِي غَيْرِ
مِلْكِهِ وَالْمُلَاعِنَةِ بَوَلَدٍ لَا يَحْدُ قَاذِفُهُمَا ، وَإِنْ لَاعَنَتْ بِغَيْرِ وَلَدٍ حَدٌّ ،

على الكذب والقاذف لغير العفيف صادق . قال (ومن قال لغيره : يا ابن الزانية ، أو لست
لأبيك حدٌ) لأنه صريح في القذف ، لأن قوله لست لأبيك كقوله يا ابن الزانية ، ولو نفاه
عن جدّه أو نسبه إليه أو إلى خاله أو عمه أو زوج أمه ، أو قال يا ابن ماء السماء لم يحدّ ،
لأن نفيه عن جدّه صدق ونسبته إليه وإلى هؤلاء مجاز عادة وشرعا . قال الله تعالى - وإله
آبائك إبراهيم وإسماعيل - وإبراهيم جده وإسماعيل عمه ، وقوله يا ابن ماء السماء يراد به
التشبيه في السماحة والصفاء وطهارة الأصل ، حتى لو كان رجلا اسمه ماء السماء وأراد
نسبته إليه فهو قذف ؛ ومن قال لغيره : لست بابن فلان ، إن كان في حالة الغضب حدّ
لأنه يراد به السبّ ، وإن لم يكن في حالة الغضب لا يحدّ ، لأنه يراد به المعاتبة عادة لئلا
شبهه لأبيه في الكرم والمروءة ؛ ولو قال لامرأة : زنيته بجمار أو بثور لا يحدّ ؛ ولو قال :
زنيته بدراهم وبثوب أو بناقاة حدّ ، لأن معناه زنيته وأخذت هذا ، وفي الرجل لا يحدّ
في جميع ذلك لأن الرجل لا يأخذ المال على الزنا عرفا ، ولو قال لأجنبية : يا زانية ،
فقال : زنيته بك لا يحدّ الرجل لتصديقها وتحدّ المرأة لقذفها الرجل . قال (ولا يطالب
بقذف الميت إلا من يقع القدح بقذفه في نسبه) لأن العار يلحقهم للجزئية ، ويحدّ بقذف
أصوله دون فروعه فيثبت للولد وولد للولد وإن كان كافرا أو عبدا ، لأن الشرط لإحصان
الذي ينسب إلى الزنا حتى يقع تعييرا كاملا ثم يرجع هذا التعبير إلى ولده ، والرقّ والكفر
لا ينافيان أهلية الاستحقاق ، بخلاف ما إذا وقع القذف ابتداء للكافر والعبد ، لأنه لم يوجد
التعير كاملا على ما بينا . وعن محمد ليس لولد البنت طلب الحدّ بقذف جدّه أبي أمه ،
لأن نسبته إلى غيره ، وجوابه أن العار يلحقه كما يلحق ولد الابن فكانوا سواء . ومن
قذف امرأة ميتة فصدقه بعض الورثة يحدّ للباقيين ، لأن قذف الأم تناول الكل فكان
بمنزلة ما لو قذف الكل فصدقه البعض دون البعض فانه يحدّ لمن لم يصدقه . قال (وليس
للابن والعبد أن يطالب أباه أو سيده بقذف أمه الحرّة) لأن الأب لا يعاقب بسبب ابنه ولا
السيد بسبب عبده حتى لا يقتلان بهما . قال (ومن وطئ وطئا حراما في غير ملكه والملاعنة
بولد لا يحدّ قاذفهما) لفوات العفة ، وكذا إذا قذف امرأة معها أولاد لا يعرف لهم أب
لأن ذلك أمانة الزنا (وإن لاعتت بغير ولد حدّ) لعدم أمانة الزنا .

اعلم أنه إن وطئ وطئا حراما فلا يخلو إما إن كان حراما لعينه أو لغيره ؛ أما إن كان

والمُسْتَأْمَنُ يُجَدُّ بِالْقَذْفِ ، وَإِذَا مَاتَ الْمُقْدُوفُ بَطَلَ الْحَدُّ ، وَلَا بُورْثُ ، وَلَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهُ وَلَا الْإِعْتِيَاظُ .

حراما لعينه سقط إحصانه لأنه زنا ولا يجد قاذفه ، وإن كان حراما لغيره لا يسقط إحصانه ويجد قاذفه لأنه ليس بزنا ، فالوطء في غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء في ملكه والحرمة مؤبدة ، وإن كانت موقته فالحرمة لغيره . وعند أبي حنيفة يشترط للحرمة المؤبدة الإجماع أو الحديث المشهور . بيان ذلك في صور المسائل وهي :
الوطء بالنكاح الفاسد والأمة المستحقة والإكراه على الزنا والمجنون والمطاوعة والحرمة بالمصاهرة بالوطء ووطء الأب جارية ابنه ، ففي هذه المسائل يسقط الإحصان ولا يجد قاذفه لأنه حرام لعينه وإن لم يأتهم إما للجهل أو للإكراه ، بخلاف ثبوت المصاهرة بالتقبيل والمس لأن كثيرا من الفقهاء لا يرون ذلك محرما ، ولا نص في إثبات الحرمة : بل هو نوع احتياط إقامة للسبب مقام المسبب فلا يسقط الإحصان الثابت بيقين بالشك . وذكر في المحيط عن أبي يوسف ومحمد يسقط إحصانه لأنها حرمة مؤبدة عندهما ، وجوابه ما مر بخلاف الوطء لأن فيه نصا ، وهو قوله تعالى - ولا تنكحوا ما نكح آبواكم من النساء إلا ما قد سلف - وقد قام الدليل على أن النكاح حقيقة في الوطء ولا اعتبار للاختلاف مع صريح النص . وأما الحرمة المؤبدة في الملك الأخت من الرضاع والجارية المشتركة فلإنما يسقط الإحصان لأنه ينافي ملك المتعة فيكون الوطء واقعا في غير الملك فيصير له شبه بالزنا . والحرمة المؤقتة كالجوسية والحائض والمظاهر منها والحرمة باليمين والأمة المنكوحة والمعتدة من غيره ووطء الأختين بملك اليمين والمكاتبه والمشتراة شراء فاسدا فلا يسقط الإحصان ، لأن مع قيام الملك في المحل لا يكون الفعل زنا ولا في معناه والحرمة على شرف الزوال . ومن قذف كافرا زنى في حالة الكفر لا يجد لأن زناه في الكفر حرام ؛ ولو قذف مكاتبا مات عن وفاء لا يجد لوقوع الاختلاف في حرمة ؛ ولو قذف مجوسيا تزوج بأمة ودخل عليها ثم أسلم حد عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أن له حكم الصحة عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح . قال (والمستأمن يجد بالقذف) لما فيه من حق العبد وقد التزم إيفاء حقوق العباد . وكان أبو حنيفة يقول أولا : لا يحد لغلبة حق الله تعالى والمختار الأول ، ولا يجد في الخمر بالإجماع لأنه يرى حله . وأما حد الزنا والسرقة ، قال أبو يوسف : يجد فيهما كالذي ، ولهذا يقتص منه بالإجماع ولا يجد فيهما عندهما لأنه لا يلزمه إلا ما التزم وهو إنما التزم حقوق العباد ضرورة التمكن من المعاوضات والرجوع إلى بلده ، ولم يلتزم حقوق الله تعالى ، بخلاف القصاص فإنه حق العباد . قال (وإذا مات المقذوف بطل الحد) ولو مات بعد ما أقيم بعض الحد بطل الباقي (ولا يورث ، ولا يصح العفو عنه ولا الاعتياض)

وَمَنْ قَالَ مُسْلِمٌ : يَا فَاسِقُ ، أَوْ يَا خَبِيثُ ، أَوْ يَا كَافِرُ ، أَوْ يَا سَارِقُ ، أَوْ يَا مُنْخَنَثُ عِزِّهِ ، وَكَذَلِكَ يَا حِمَارُ يَا خِنْزِيرُ إِنْ كَانَ فَقِيْهًا أَوْ عُلُوِيًّا . وَمَنْ حَدَّثَهُ الْإِمَامُ أَوْ عِزَّهُ فَمَاتَ فَهُوَ هَدْرٌ . وَلِلزَّوْجِ أَنْ يُعِزِّرَ زَوْجَتَهُ عَلَى تَرْكِ الزَّيْنَةِ ، وَتَرْكِ إِجَابَتِهِ إِلَى فِرَاشِهِ ، وَتَرْكِ غُسْلِ الْجَنَابَةِ ، وَعَلَى الْخُرُوجِ مِنَ الْمَتْنِزْلِ ، وَمَنْ سَرَقَ ، أَوْ زَنَى ، أَوْ شَرِبَ غَيْرَ مَرَّةٍ فَحَدَّ فَهُوَ لِلْكَلِّ .

ولذلك يجرى فيه التداخل ، وهذا بناء على أن الغالب فيه حق الشرع ، ولا خلاف أن فيه حق العبد والشرع ، لأنه شرع لدفع العار عن المقلوف وهو المنتفع به وفيه معنى الزجر ولأجله يسمى حدًا ، والمراد بالزجر إخلاء العالم عن الفساد ، وهذا آية حق الشرع ، ثم اختلفوا في الغالب فيهما ، فأصحابنا غلبوا حق الشرع ، لأن حق العبد يتولاه مولاه فيصير حق العبد مستوفى ضمنا لحق المولى ، ولا كذلك بالعكس ، إذ لا ولاية للعبد على استيفاء حق الشرع إلا بطريق النيابة .

فصل

(ومن قال لمسلم : يا فاسق ، أو يا خبيث ، أو يا كافر ، أو يا سارق ، أو يا منخنث عزز) لأنه آذاه بذلك وألحق به الشين ، والحدود لا تثبت قياسا فوجب التعزير لينزجر عن ذلك ويعتبر غيره . وفي المجرّد عن أبي حنيفة : يا شارب الخمر ، يا خائن يعزّر ، وكذلك لو قال : أنت تأوى اللصوص ، أو تأوى الزواني لما بينا (وكذلك يا حمار يا خنزير إن كان فقيها أو علويا) وكذلك يا ثور يا كلب لأنه يلحقه بذلك الأذى دون الجاهل العامي . وقيل : يعزّر في حق الكل في عرفنا لأنهم صاروا يعدونه سبا . وقيل لا يعزّر في حق الكل لأننا تيقنا بنفيه فما لحقه به شين ، وإنما لحق القاذف شين الكذب ، ولأنه إنما يشبه بهذه الأشياء لسوء خلقه أو قبح خلقه وليس ذلك بمعصية . رجل زنا بامرأة ميتة يعزّر . قال (ومن حدّه الإمام أو عزّره فمات فهو هدر) لأنه مأمور من جهة الشرع فلا يتقيد بالسلامة كالفصاد ، أو نقول : استوفى حق الله تعالى بأمره فكأن الله تعالى أماته بغير واسطة فلا يجب الضمان . قال (وللزوج أن يعزّر زوجته على ترك الزينة) إذا أرادها (وترك إجابته إلى فراشه ، وترك غسل الجنابة ، وعلى الخروج من المنزل) لأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزّر على المخالفة . قال (ومن سرق ، أو زنى ، أو شرب غير مرة فحدّه فهو للكل) لأن المقصود الانزجار وأنه يحتمل حصوله بالأوّل فيتمكن في الثاني شبهة عدم المقصود فلا يجب ، أما لو زنى وشرب وسرق فانه يجب لكل واحد حدّ على حدة ، لأنه لو ضرب لأحدها ربما اعتقد أنه لا حدّ في الباقي فلا ينزجر عنها ، ولا كذلك إذا اتحدت الجنابة ؛

باب حد الشرب

وَهُوَ كَحَدِّ الزَّنا كَيْفِيَّةً ، وَحَدِّ الْقَذْفِ كَمِيَّةً وَثُبُوتًا ، غَيْرَ أَنَّهُ يَبْطُلُ بِالرَّجُوعِ وَالتَّقَادُّمِ فِي الْبَيِّنَةِ وَالْإِقْرَارِ ، وَالتَّقَادُّمُ بِذَهَابِ السُّكْرِ وَالرَّائِحَةِ ،

ولو أقيم على القاذف تسعة وسبعون سوطاً فقفذ آخر لم يضرب إلا ذلك السوط للتداخل ، فإنه مما يتداخل لغلبة حق الشرع ، ولأن المقصود إظهار كذبه ليندفع به العار عن المَقْدُوفِ ، وذلك يحصل في حقهما بالسوط الواحد . وإذا اجتمع حدُّ الزنا والسرقة والشرب والقذف وفقء العين ، يبدأ بالفقء لكونه خالص حقَّ العبد ، وحقَّ العبد مقدَّم لحاجته واستغناء الله تعالى ، ويحبس حتى يبرأ ، فإذا برأ يحدُّ للقذف لما فيه من حقَّ العبد ، ويحبس حتى يبرأ ، لأنه لو جمع بين حدَّين ربما تلف ، والتلف ليس بواجب ؛ فإذا برأ فلإمام إن شاء بدأ بالقطع ، وإن شاء يحدُّ الزنا لاستوائهما في الثبوت ، وآخرها حدُّ الشرب لأنه ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ، فكان دون ما ثبت بالكتاب ؛ وإن كان محصناً بدأ بالفقء ، ثم حدُّ القذف ، ثم الرجم ، ويسقط الباقي لأن القتل يأتي على النفس فيؤدِّي إلى إسقاط بعض الحدود وقد أمرنا بذلك ، وإن كان مع ذلك قتل ضرب للقذف ثم يضمن بالسرقة ثم قتل وسقط عنه الباقي ، نقل ذلك عن ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم .

باب حد الشرب

الأصل في وجوبه قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه فإن عاد فاجلدوه » (وهو كحدِّ الزنا كيفية ، وحدِّ القذف كمية وثبوتاً) فيجرد من ثيابه كما في حدِّ الزنا ، ويفرق على أعضائه لمرة . وعن محمد أنه لا يجرد تخفيفاً عن حدِّ الزنا . قلنا : ثبت التخفيف في العدد فلا يخفف ثانياً ، وعدده ثمانون سوطاً في الحرِّ باجماع الصحابة رضي الله عنهم ، وأربعون في العبد لأن الرقَّ منصف ، ويثبت باقراره مرة واحدة وبشهادة رجلين كحدِّ القذف (غير أنه يبطل بالرجوع والتقدم في البينة والإقرار) وعن أبي يوسف يشترط الإقرار مرتين على ما يأتي في السرقة . قال (والتقدم بذهاب السكر والرائحة) فلو أقرَّ بعد ذهاب ريحها أو شهد عليه بعد السكر وذهاب الرائحة لم يحدِّ . وقال محمد : يحدُّ بالتقدم يمنع قبول الشهادة بالإجماع ، غير أن محمداً قدَّره بالزمان كالزنا ، لأن التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة مشتبهة ، وعندهما مقدَّر بزوال الرائحة ، لأن حدَّ الشرب إنما ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ، ولا إجماع بدون رأى ابن مسعود رضي الله عنه ،

فَلَوْ أُخِذَ وَرِيحُهَا تَوَجَّدَ مِنْهُ فَلَمَّا وَصَلَ إِلَى الْإِمَامِ انْقَطَعَتْ لِبُعْدِ الْمَسَافَةِ حَدٌّ ، وَيُحَدُّ بِشَرْبِ قَطْرَةٍ مِنَ الْخَمْرِ ، وَبِالسُّكْرِ مِنَ النَّبِيدِ ؛ وَالسُّكْرَانُ مَنْ لَا يَعْرِفُ الرَّجُلَ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَالْأَرْضَ مِنَ السَّمَاءِ ؛ وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يُعْلَمَ أَنَّهُ سُكْرٌ مِنَ النَّبِيدِ وَشَرِبَهُ طَوْعًا ، وَلَا يُحَدُّ حَتَّى يَزُولَ عَنْهُ السُّكْرُ ، وَلَا يُحَدُّ مَنْ وَجِدَ مِنْهُ رَائِحَةُ الْخَمْرِ أَوْ تَقْيَأُهَا .

فانه شرط وجود الرائحة، لما روى أن رجلا جاء بابن أخ له إلى عبد الله بن مسعود فاعترف عند شرب الخمر ، فقال له ابن مسعود : يتس ولى البيت أنت لأدبته صغيرا ولا سترت عليه كثيرا ؟ تتلوه (١) ومزمزوه (٢) ثم استنكهوه (٣) ، فان وجدت رائحة الخمر فاجلدوه ، شرط وجود الرائحة فيكون شرطا (فلو أخذ وريحها توجد منه فلما وصل إلى الإمام انقطعت لبعد المسافة حد) في قولهم جميعا لأنه عذر فلا يعد تقادما كما قلنا في حد الزنا ، ولا يحدد السكران باقراره على نفسه لزيادة احتمال الكذب فتمكنت الشبهة ، ويسقط بخلاف حد القذف لأن فيه حق العبد ، والسكران فيه كالصاحي كسائر تصرفاته عقوبة له . قال (ويحد بشرب قطرة من الخمر ، وبالسكر من النبيذ) لقوله صلى الله عليه وسلم « حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب » ولإطلاق قوله صلى الله عليه وسلم « من شرب الخمر فاجلدوه » وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم (والسكران من لا يعرف الرجل من المرأة والأرض من السماء) وقالوا : هو الذى يخلط كلامه ويهذى لأنه المتعارف بين الناس وهو اختيار أكثر المشايخ ، وأبو حنيفة يأخذ في أسباب الحدود بأقصاها درءا للحد ، وأقصاه الغلبة على العقل حتى لا يميز بين الأشياء ، لأنه متى ميز فذلك دلالة الصحو أو بعضه وأنه ضد السكر ، ففى ثبت أحدهما أو شيء منه لا يثبت الآخر (ولا يحد حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لأن السكر يكون من المباحات كالبنج ولبن الرماك وغيرها وذلك لا يوجب الحد ، وكذلك الشرب مكرها لا يوجب الحد فلذلك شرط ذلك . قال (ولا يحد حتى يزول عنه السكر) ليتألم بالضرب فيحصل سهولة الزجر . قال (ولا يحد من وجد منه رائحة الخمر أو تقياها) لأن الرائحة مشتبهة واحتمال أنه شربها مكرها ثابت والحدود لا تجب بالشك ، والله أعلم .

(١) قوله تتلوه . وفي رواية أخرى ترتروه بالراء . والتلثة والتررة : التحريك

(٢) المزمزة : التحريك بعنف .

(٣) قال فى مختار الصحاح : واستنكهوه فنكه فى وجهه من باب ضرب وقطع : إذا أمر

بأن ينكه ليعلم أشارب هو أم لا .

كتاب الأشربة

المُحَرَّمُ مِنْهَا الخَمْرُ وَهِيَ الَّتِي مِنْ مَاءِ الْعِنَبِ إِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ وَقَذَفَ بِالزَّبْدِ . الثَّانِي العَصِيرُ إِذَا طُبِّخَ فَذَهَبَ أَقْلُ مِنْ ثُلُثِهِ وَهُوَ الطَّلَاءُ ، وَإِنْ ذَهَبَ نِصْفُهُ فَالْمُنْصَفُ . الثَّالِثُ السَّكَّرُ ، وَهُوَ الَّتِي مِنْ مَاءِ الرُّطَبِ إِذَا غَلَا كَذَلِكَ .

كتاب الأشربة

وهي جمع شراب ، وهو كل مائع رقيق يشرب ولا يتأتى فيه المضغ محرماً كان أو حلالاً ، وهي تستخرج من العنب والزبيب والتمر والحبوب ، ومنها حرام ومنها حلال ، (فالمحرّم منها الخمر ، وهي التي من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف بالزبد) وعندهما لا يشترط القذف بالزبد لأنه يسمى خمرًا بدونه ، ولأن المؤثر في فساد العقل وتغطيته هو الاشتداد . ولأبي حنيفة أن السكون أصل في العصير ، وما بقي شيء من آثاره فالحكم له ، وأحكام الشرع قطعية فلا يحكم بكونه خمرًا مع وجود شيء من آثار العصير للمغايرة بينهما . ولأن الثابت لا يزول إلا بيقين . فما بقي شيء من آثار العصير لا يتيقن بالحمية . وأما حرمتها فبالكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - إنما الخمر والميسر والأنصاب والأزلا رجس - والرجس : الحرام لعينه . والسنة قوله صلى الله عليه وسلم « حرّمت الخمر لعينها » وقد تواتر تحريمها عن النبي صلى الله عليه وسلم وعليه إجماع الأمة ، ويتعلق بها أحكام أخرى : منها أنه يكفر مستحلها ثبوت حرمتها بدليل مقطوع به ، ومنها أن نجاستها مغضلة لثبوتها بالدليل القطعي ، ومنها أنها لا قيمة لها في حق المسلم حتى لا يجوز بيعها ولا يضمّن غاصبها ولا متلفها لأن ذلك دليل عزتها ، وتحريمها دليل إهانتها . وقال صلى الله عليه وسلم « إن الذي حرّم شربها حرّم بيعها وأكل ثمنها » ومنها حرمة الانتفاع بها لنجاستها . ولأن في الانتفاع بها تقييدها ، والله تعالى يقول - فاجتنبوه - . ومنها أنه يحدّ بشرب القليل منها على ما بينا في بابها . ومنها أن الطبخ لا يخلها ، لأن الطبخ في العصير يمنع الحرمة ولا يرفعها . ومنها جوار تخليها على ما يأتى إن شاء الله تعالى . (الثاني العصير إذا طبخ فذهب أقلّ من ثلثه وهو الطلاء) وقيل إذا ذهب ثلثه فهو الطلاء (وإن ذهب نصفه فالمنصف) وإن طبخ أدنى مبيضة فالباقي والكل حرام إذا غلا واشتدّ وقذف بالزبد على الاختلاف لأنه رقيق لذيذ مطرب يجتمع التساق عليه فيحرم شربه دفعا لما يتعلق به من الفساد . (الثالث السكر . وهو التي من ماء الرطب إذا غلا كذلك) قال صلى الله عليه وسلم « الخمر من

الرَّابِعُ : نَقِيعُ الزَّيْبِ ، وَهُوَ النَّيْءُ مِنْ مَاءِ الزَّيْبِ إِذَا غَلَا وَاشْتَدَّ كَذَلِكَ ، وَحُرْمَةُ هَذِهِ الْأَشْرِبَةِ دُونَ حُرْمَةِ الْخَمْرِ فَيَجُوزُ بَيْعُهَا وَتُضْمَنُ بِالْإِتْلَافِ ، وَلَا يُحَدُّ شَارِبُهَا حَتَّى يَسْكُرَ ، وَلَا يَكْفُرُ مُسْتَحِلُّهَا ؛ وَنَبِيذُ التَّمْرِ وَالزَّيْبِ إِذَا طُبِخَ أَدْنَى طَبْخَةٍ حَلَالٌ ، وَإِنْ اشْتَدَّ إِذَا شُرِبَ مَا لَمْ يُسْكِرْ مِنْ غَيْرِ لَهْوٍ . وَعَصِيرُ الْعِنَبِ إِذَا طُبِخَ فَذَهَبَ ثُلَاثُهُ حَلَالٌ ، وَإِنْ اشْتَدَّ إِذَا قُصِدَ بِهِ التَّقْوَى ، وَإِنْ قُصِدَ بِهِ التَّلَهَّى فَحَرَامٌ .

هاتين الشجرتين وأشار إلى الكرم والنخلة « وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم . (الرابع)
نقيع الزبيب ، وهو النىء من ماء الزبيب إذا غلا واشتدَّ كذلك) على الخلاف حرام أيضا لما رويناه وبيننا (وحرمة هذه الأشربة دون حرمة الخمر) لأن حرمة الخمر قطعية على ما مر ، وحرمة هذه اجتهدية (فيجوز بيعها وتضمن بالإتلاف) خلافا لهما لأنها حرام فلا يجوز بيعها كالخمر . وعن أبي يوسف : أنه يجوز بيعها وتضمن بالإتلاف إذا ذهب بالطبخ أكثر من ثلثه . ولأبي حنيفة أنه مال متقوم ، وما دلَّ الدليل على سقوط تقوّمها بخلاف الخمر ، ثم يجب بالإتلاف عنده القيمة دون المثل لأنه ممنوع من الانتفاع بها للحرمة (ولا يحده شاربها حتى يسكر ولا يكفر مستحلها) لما بينا . وعن أبي يوسف : ما كان من الأشربة يبقى بعد ما بلغ : أى اشتدَّ عشرة أيام لا يفسد ، أى لا يحمض فأنى أكرهه ، لأن بقاءه هذه المدة دليل قوته وشدّته فكان آية حرمة ، روى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما ، ثم رجع إلى قول أبي حنيفة . قال (ونبيذ التمر والزبيب إذا طبخ أدنى طبخة حلال ، وإن اشتدَّ إذا شرب ما لم يسكر من غير لهو) ولا طرب (و) كذلك (عصير العنب إذا طبخ فذهب ثلثاه حلال ، وإن اشتدَّ إذا قصد به التقوى ، وإن قصد التلهى فحرام) وقال محمد : حرام ، وعنه مثل قولهما ، وعنه التوقف فيه . له قوله صلى الله عليه وسلم « كل مسكر حرام » وقوله « ما أسكر كثيره فقليله حرام » وقياسا على الخمر . لهما قوله عليه الصلاة والسلام « حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها ، والسكر من كل شراب » خصّ السكر من غير الخمر بالتحريم ، فمن عمم بالتحريم السكر وغيره فقد خالف النص ، وما رواه من الأحاديث طعن فيه يحيى بن معين ، ذكره عبد الغنى المقدسى فى كتابه ، ولأن عامة الصحابة رضى الله عنهم خالفوه ، فدلَّ على عدم صحته ، أو هو محمول على الشرب المسكر والتلهى ، أو نقول : المسكر هو القدح الأخير فنقول بالموجب ، ولأن حرمة قليل الخمر يدعو إلى كثيره لرقته ولطافته فأعطى حكمه ، وليس كذلك المثلث لأن قليله لا يدعو إلى كثيره وهو غذاء فلا يحرم . وروى الطحاوى بإسناده إلى ابن عمر رضى الله عنهما « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بنبيذ فشمه فقطب وجهه

وَتَنْبِيذِ الْعَسَلِ وَالتَّيْنِ وَالْحِنْطَةِ وَالشَّعِيرِ وَالذَّرَّةِ حَلَالٌ طَبِخٌ أَوْ لَا ؛ وَفِي حَدِّ السَّكَرَانِ مِنْهُ رِوَايَتَانِ ؛ وَيُكْرَهُ شُرْبُ دِرْدِيّ الْخَمْرِ وَالْإِمْتِشَاطُ بِهِ . وَلَا بِأَسْ بِالْإِنْتِبَازِ فِي الدُّبَاءِ وَالْحَنْتَمِ وَالْمَزْفَتِ وَالنَّقِيرِ ، وَخَلُّ الْخَمْرِ حَلَالٌ سِوَاهُ تَخَلَّلَتْ أَوْ خَلَّتْ .

لشدته ، ثم دعا بماء فصبه عليه وشرب منه وقال : إذا اغتسلت (١) عليكم هذه الأشربة فاقطعوا متونها (١) بالماء . وفي رواية « أنه لما قطب قال رجل : أحرام هو ؟ قال لا » وهذا نص في الباب . وعن ابن أبي ليلى قال : أشهد على البدرين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنهم كانوا يشربون النبيذ في الجرار الخضر ، وقد نقل ذلك عن أكثر الصحابة رضى الله عنهم ومشاهيرهم قولاً وفعلًا حتى قال أبو حنيفة : إنه مما يجب اعتقاد حله لثلا يؤدى إلى تفسيق الصحابة رضى الله عنهم ؛ والمثلث إذا صب عليه الماء حتى رقى ثم طبخ لا يتغير حكمه ، لأن صب الماء يزيده ضعفا ، بخلاف ما إذا صب الماء على العصير فطبخ حتى ذهب ثلثا الجميع ، لأن الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما فلا يكون الذاهب ثلثي العصير . قال (ونبيذ العسل والتين والحنطة والشعير والذرة حلال طبخ أولا) إذا لم يشرب للهو والطرب ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الخمر من هاتين الشجرتين » والمراد بيان الحكم ، ولأن قليله لا يدعو إلى كثيره . وعن محمد أنه حرام ، ويقع طلاق السكران منه كغيره من الأشربة المحرمة ، وجوابه ما مر (وفي حد السكران منه روايتان) والأصح أنه يحد ، لأن في بعض البلاد يجتمع الفساق عليه اجتماعهم على الخمر وفوقه ، وعلى هذا المتخذ من الألبان ؛ ثم قيل : يجب أن لا يحل لبن الرماك عند أبي حنيفة اعتبارا بلحمها ، إذ هو متولد منه ، وجوابه أن كراهة اللحم لاحترامه ، أو لما في إباحته من تقليل آلة الجهاد فلا يتعدى إلى لبنه . قال (ويكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لأنه من أجزاء الخمر ، ولا يحد شاربه ما لم يسكر لأنه ناقص ، إذ الطبايع السليمة تكرهه وتنبو عنه ، وقليله لا يدعو إلى كثيره فصار كغير الخمر . قال (ولا بأس بالانتباز في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لقوله صلى الله عليه وسلم « كنت نهيتكم عن الانتباز في الدباء والحنتم والمزفت والنقير ، ألا فانتبذوا فيها واشربوا في كل ظرف ، فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ، ولا تشربوا المسكر » . قال (وخل الخمر حلال سواء تخللت أو خللت) لقوله صلى الله عليه وسلم « نعم الأدم الخل » مطلقا ، وقال صلى الله عليه وسلم « خير خلكم خل خرمكم » ولأن التخليل يزيل الوصف المفسد ويثبت وصف الصلاحية

(١) قال في المنجد : اغتسل الشراب : اشتدت سورتها .

(٢) متونها : أى شدتها .

كتاب السرقة

وَهِيَ أَخَذَ الْعَاقِلِ الْبَالِغِ نِصَابًا مُحَرَّرًا ، أَوْ مَا قِيمَتُهُ نِصَابًا مِلْكًا لِلغَيْرِ
لِأَشْبَهَةٍ لَهُ فِيهِ عَلَى وَجْهِ الْخُفْيَةِ .

لأن فيه مصلحة قمع الصفراء والتغذي ومصالح كثيرة ، وإذا زال الفساد الموجب للحرمة
حلت كما إذا تخللت بنفسها ، وإذا تخللت طهر الإناء أيضا ، لأن جميع ما فيه من أجزاء
الخمير يتخلل إلا ما كان منه خاليا عن الخلّ فقيل يطهر تبعا ، وقيل يغسل بالخلّ ليظهر
لأنه يتخلل من ساعته ، وكذا لو صبّ منه الخلّ ، فما خلا طهر من ساعته ؛ ومن خاف
على نفسه الهلاك من العطش ولم يجد إلا خمرًا فله أن يشرب منها ما يأمن به من الموت ثم
يكفّ ، لأن الله تعالى أباح للمضطرّ أكل الميتة والدم ولحم الخنزير ، والخمر مثلها
في التحريم فتكون مثلها في الإباحة عند الاضطرار ، فإذا أمن على نفسه زالت الضرورة
وهو خوف الهلاك عاد التحريم ، وإذا وجدت الخمير في دار إنسان وعليها قوم جلسوا
مجالس من يشربها ولم يرههم أحد يشربونها عزّروا ، لأنهم ارتكبوا أمرا محظورا وجلسوا
مجلسا منكرا ، وكذلك من وجد معه آنية خمر عزّر لأنه ارتكب محظورا .

كتاب السرقة

(وهي) في اللغة : أخذ الشيء على سبيل الخفية والاستسرار بغير إذن المالك ، سواء
كان المأخوذ مالا أو غير مال ، ومنه استراق السمع ، قال الله تعالى - إلا من استرق
السمع فأتبعه - وسرقة الشاعر المعنى وسرقة الصنعة ونحوه . وفي الشرع (أخذ العاقل البالغ
نصابا محرزا ، أو ما قيمته نصابا ملكا للغير لأشبهة له فيه على وجه الخفية) والمعنى اللغوي
مراعى فيه ابتداء وانتهاء ، أو ابتداء في بعض الصور كما إذا نقب البيت خفية وأخذ المال
مكابرة وذلك يكون ليلا ، لأنه ربما أحسوا به فكابروا وأخذوا ولا غوث بالليل فيقطع ؛
أما النهار لو فعل ذلك لا يقطع لأنه يلحقهم الغوث فلا يمكنه ذلك ، فيشترط الخفية ليلا
ونهارا فهي مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه ؛ وفي قطع الطريق وهي السرقة الكبرى
مسارقة عين الإمام وأعوانه لأنه المتصدّي لحفظ الطريق بأعوانه ، لأن الأموال إنما تصير
مصونة محرزة بحفظ الإمام وحمايته . والأصل في وجوب القطع قوله تعالى - والسارق
والسارقة فاقطعوا أيديهما - . وقرأ ابن مسعود رضي الله عنه : فاقطعوا أيماهما ، وقوله
تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض فسادا - الآية ، وقال
صلى الله عليه وسلم « من سرق قطعناه » ورفع إليه صلى الله عليه وسلم سارق فقطعه .

وَالنَّصَابُ دِينَارٌ أَوْ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ مَضْرُوبَةٌ مِّنَ النَّقْرَةِ .

ولإجماع الأمة على وجوب القطع وإن اختلفوا في مقدار النصاب ، ولأن المال محبوب إلى النفوس تميل إليه الطباع البشرية خصوصا عند الحاجة والضرورة ، ومن الناس من لا يردعه عقل ، ولا يمنعه نقل ، ولا تزجرهم الديانة ، ولا تردهم المروءة والأمانة ، فلولوا الزواجر الشرعية من القطع والصلب ونحوهما لبادروا إلى أخذ الأموال مكابرة على وجه المجاهرة ، أو خفية على وجه الاستسار ، وفيه من الفساد ما لا يخفى ، فناسب شروع هذه الزواجر في حق المستسر والمكابر في سرقة الصغرى والكبرى حسما لباب الفساد وإصلاحا لأحوال العباد ، والعبد والحر في القطع سواء لإطلاق النصوص ، ولأن القطع لا ينصف فيكمل في العبد صيانة لأموال الناس ؛ ولا بد من العقل والبلوغ لأن القطع شرع زاجرا عن الجناية ، ولا جنابة من الصبي والمجنون . وأما اشتراط النصاب فلما روى أن اليد كانت لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلا في ثمن المحن . وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت : كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه ، ولأنه لا بد من اعتبار مال له خطر لتحقيق الرغبة فيه فيجب الزجر عنه ؛ أما الحقير لا تتحقق الرغبة فيه فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولا بد أن يكون محرزا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع في حريرة الجبل . أى ما يحرس بالجبل لعدم الحرز ؛ ولا بد أن يكون غير مأذون له بالدخول فيها ، لأن بالإذن يخرج من أن يكون حرزا في حقه ؛ ويشترط أن يكون ملكا للغير لاشبهة له فيه ، لأن الحدود تدرأ بالشبهات على مامر ، وتكون على سبيل الخفية لأن السرقة لا تكون على الجهر على مامر . قال (والنصاب دينار أو عشرة دراهم مضروبة من النقرة) لقوله صلى الله عليه وسلم « لا قطع في أقل من عشرة دراهم » وما روى أن القطع كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن إلا في ثمن المحن ، فقد نقل عن ابن عباس وابن أمّ أيمن قالا : كانت قيمة المحن الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم ، ونقل أقل من عشرة دراهم ؛ والأخذ بالأكثر أولى احتيالا للدرء ، وفي الأقل شبهة عدم الجناية . وروى عن أبي يوسف ومحمد : أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبر مالم تكن مضروبة . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أنه يعتبر قيمته بنقد البلد . وروى الحسن عنه : إذا سرق عشرة دراهم مما يروج بين الناس قطع ، فعلى هذا إذا كان التبر رائجا بين الناس قطع . وروى الحسن عنه أيضا : لو سرق أحد عشر درهما لا تروج ، فإن كانت تساوى عشرة رائجة قطع ، وإلا فلا ؛ وقوله أو ما قيمته عشرة دراهم ، دليل على أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وإن كان ذهبا . وروى بشر عن محمد : لو سرق نصف دينار

وَالْحِرْزُ يَكُونُ بِالْحَافِظِ وَبِالْمَكَانِ كَالدُّورِ وَالْبُيُوتِ وَالْحَانُوتِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِيهِ الْحَافِظُ . وَإِذَا سَرَقَ مِنْ الْحَمَّامِ لَيْلًا قُطِعَ ، وَبِالنَّهَارِ لَا وَإِنْ كَانَ صَاحِبُهُ عِنْدَهُ ؛ وَالْمَسْجِدُ وَالصَّحْرَاءُ حِرْزٌ بِالْحَافِظِ ،

قيمته عشرة دراهم قطعه ، وإن سرق ديناراً قيمته أقلّ من عشرة دراهم لأقطعه ؛ ثم حرز كل شيء على حسب ما يليق به . قال عليه الصلاة والسلام « فإذا آواه الجرين (١) يعنى البيدر ففيه القطع ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا قطع في حريسة الجبل ، وما آواه المراح (٢) ففيه القطع » أى موضع يروحون منه . قال (والحرز يكون بالحافظ وبالمكان) لأن الحرز ما يصير به المال محرزاً عن أيدي اللصوص وذلك بما ذكرنا ، فالحافظ كمن جلس في الصحراء أو في المسجد أو في الطريق وعنده متاعه فهو محرز به ، وسواء كان نائماً أو مستيقظاً ؛ أما إذا كان مستيقظاً فظاهر ؛ وأما إذا كان نائماً فلما روى « أنه عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد » وسواء كان المتاع تحته أو عنده ، لأنه يعدّ حافظاً له في ذلك كله عرفاً ؛ والحرز بالمكان هو ما أعدّ للحفظ (كالدور والبيوت والحانوت) والصندوق ونحوه (ولا يعتبر فيه الحافظ) لأنه محرز بدونه ، وهو المكان الذى أعدّ للحفظ ، إلا أن القطع لا يجب بالأخذ من الحرز بالمكان إلا بالإخراج منه ، لأن يد المالك قائمة ما لم يخرج به ، والمحرز بالحافظ يجب القطع كما أخذه ، لأن يد المالك زالت بمجرد الأخذ فتمت السرقة . ولو كان باب الدار مفتوحاً فدخل نهاراً وأخذ متاعاً لم يقطع ، لأنه مكابرة وليس بسرقة لعدم الاستسرار على ما بينا ؛ وإن دخل ليلاً قطع لأنه حرز لأنه بنى للحرز ؛ ولو دخل بين العشاء والعتمة والناس متشرون فهو بمنزلة النهار ؛ ولو علم صاحب الدار باللصّ واللصّ لا يعلم به أو بالعكس قطع لأنه مستخفّ ؛ وإن علم كل واحد بالآخر لا يقطع لأنه مكابر . قال (وإذا سرق من الحمام ليلاً قطع ، وبالنهار لا وإن كان صاحبه عنده) لأنه مأذون له بالدخول فيه نهاراً فاختلف الحرز ، ويقطع ليلاً لأنه بنى للحرز ، وما اعتاد الناس من دخول الحمام بعض الليل فهو كالنهار لوجود الإذن ، وعلى هذا كل حرز أذن بالدخول فيه كالحانات وحواريات التجار والضيّف ونحوهم . قال (والمسجد والصحراء حرز بالحافظ) لأن الصحراء ليس بحرز ، والمسجد ما بنى للحفظ والإحراز ، فلو سرق منه وصاحبه عنده يحفظه قطع لوجود السرقة ، بخلاف الحمام والحرز الذى أذن بالدخول فيه حيث لا يقطع وإن كان صاحبه عنده ، لأنه بنى الإحراز فلا يعتبر فيه الحافظ لما مرّ .

(١) الجرين : موضع التمر الذى يجفف فيه .

(٢) هو المكان الذى تأوى إليه الماشية ليلاً .

وَالْجَوَالِقُ وَالْفُسْطَاطُ كَالْبَيْتِ ، فَإِنْ سَرَقَ الْفُسْطَاطُ وَالْجَوَالِقَ لَا يَقْطَعُ إِلَّا أَنْ يَكُونَ لَهُمَا حَافِظٌ ، وَلِهَذَا قَالُوا : لَا يَقْطَعُ النَّبَّاشُ ، وَتَثْبُتُ السَّرْقَةُ بِمَا يَثْبُتُ بِهِ الْقَذْفُ ، وَيَسْأَلُ الشُّهُودَ عَنْ كَيْفِيَّتِهَا وَزَمَانِهَا وَمَكَانِهَا وَمَاهِيَّتِهَا ، وَلَا بُدَّ مِنْ حُضُورِ الْمَسْرُوقِ مِنْهُ عِنْدَ الْإِقْرَارِ وَالشَّهَادَةِ وَالْقَطْعِ . وَإِذَا دَخَلَ جَمَاعَةُ الْحَرْزِ وَتَوَلَّى بَعْضُهُمُ الْأَخَذَ قُطِعُوا إِنْ أَصَابَ كُلُّ وَاحِدٍ نِصَابٌ ؛

قال (والجوالق (١) والفسطاط (٢) كالبيت) لأنه عمل للحفظ (فإن سرق الفسطاط والجوالق لا يقطع) لأنهما ليسا في حرز وإن كان حرزا لما فيهما (إلا أن يكون لهما حافظ) فيقطع لوجود الحرز ، وقال أصحابنا : ما كان حرزا لنوع فهو حرز لجميع الأنواع حتى جعلوا شريحة البقال (٣) حرزا للجواهر لأنه يحرز خلفها الدراهم والدنانير (ولهذا قالوا : لا يقطع النباش) لأن القبر ليس يحرز لغير الكفن فلا يكون حرزا للكفن . قال (وتثبت السرقة بما يثبت به القذف) يعنى بالإقرار مرة وبشهادة شاهدين كسائر الحقوق وقد تقدم . وقال أبو يوسف : لا بد من إقراره مرتين لأنه إحدى الحجتين فيعتبر فيها التثنية كالأخرى وهى البيعة كما فى الزنا وحد الشرب على هذا الخلاف . ولهما أن السرقة والشرب ثبت بالمرة الواحدة فلا حاجة إلى الأخرى كالتقصاص ، وحد القذف والتثنية فى الشهادة منصوب عليه ، ولأنه يفيد تقليل تهمة الكذب ، ولا كذلك الإقرار لأنه لاهمة فيه واشتراط الزيادة فى الزنا على خلاف القياس فيقتصر على مورد النص ؛ وينبغى أن يلحق المقر الرجوع احتيالا للدرء ، فقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق فقال له : أسرت ؟ ما إخاله سرق » وإذا رجع عن الإقرار صح فى القطع لأنه خالص حق الله تعالى ولا مكذب له فيه ، ولا يصح فى المال لأن صاحبه يكذبه . قال (ويسأل الشهود عن كفييتها وزمانها ومكانها وماهييتها) لأنه يلتبس على كثير من الناس فيسأل عنه احتياطا فى الحدود . قال (ولا بد من حضور المسروق منه عند الإقرار والشهادة والقطع) حتى لا يقطع ما لم يصدقه ، لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ، ولاحتمال أن يهبه المسروق أو يملكه فيسقط القطع ، فاذا حضر انتفى هذا الاحتمال . قال (وإذا دخل جماعة الحرز وتولى بعضهم الأخذ قطعوا إن أصاب كل واحد نصاب) لوجود السرقة

(١) الجوالق : ما يعرف بين العامة بالغرارة .

(٢) الفسطاط : بيت الشعر .

(٣) قوله شريحة البقال . قال فى المنجد : الشريحة : جديلة من القصب تجعل على باب

الدكاكين اهـ .

وإن نقب فأدخل يده وأخرج المتاع ، أو دخل فتناول المتاع آخر من خارج لم يقطع ، وإن ألقاه في الطريق ثم أخذه قطع ، ولو حمله على حمار وساقه قطع . وإن أدخل يده في صندوق الصيرفي أو كم غيره وأخذ قطع .

من كل واحد منهم ، لأن الأخذ وجد من الكل معنى للمعاونة كما في قطع الطريق وصار كالردء والمعين ، وإن كان أقل من نصاب لم يقطع ، لأن القطع يجب على كل واحد بجنابته فيعتبر كماها في حقه . قال (وإن نقب فأدخل يده وأخرج المتاع ، أو دخل فتناول المتاع آخر من خارج لم يقطع) أما الأولى فلأنه لم يوجد هتك على وجه الكمال وهو الدخول فصار فيه شبهة العدم فلا يجب الحد . وأما الثانية فلأن الداخل لم يخرج المتاع لاعتراض يد معتبرة عليه قبل إخراجها ، والخارج لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد منهما . وعن أبي يوسف : القطع في الأولى لأن المقصود من السرقة إخراج المال من الحرز وقد وجد ، فصار كما إذا أدخل يده في صندوق الصيرفي وأخرج الدراهم عنه ؛ وفي المسئلة الثانية إن أخرج الداخل يده وناولها الخارج قطع الداخل ، وإن أدخل الخارج يده فتناولها من الداخل قطعاً وهي بناء على الأولى . وجوابه أن كمال هتك حرمة الحرز بالدخول فيه وهو ممكن معتاد ، ولم يوجد بخلاف الصندوق لأن الممكن فيه لإدخال يده فيه دون دخوله . قال (وإن ألقاه في الطريق ثم أخذه قطع) وقال زفر : لا يقطع : لأن الإلقاء لا يوجب القطع كما لو لم يأخذه ، وبالأخذ من الطريق لا يقطع كما لو أخذه غيره . ولنا أنه لم يعترض عليه فعل آخر فاعتبر الكل فعلاً واحداً ، ولأن ذلك عادة اللصوص ، لأنه يتعدّ خروجهم بالمتاع فيفعلوا ذلك أو يفعلونه ليتفرغوا للدفع لو ظهر عليهم أو للهرب فكان من تمام السرقة ، بخلاف ما إذا ألقاه ولم يأخذه لأنه مضيع لاسارق (و) كذلك (لو حمله على حمار وساقه قطع) لأن مشيه مضاف إليه ، ولو خرج قبل الحمار ثم خرج الحمار بعده وجاء إلى منزله لم يقطع ولو علق على طائر له وتركه في المنزل فطار بعد ذلك إلى منزله لم يقطع لأنه مختار في ذلك ؛ ولو طرح المتاع في نهر في الدار فذهب به الماء وأخرجه لا قطع عليه لأن الماء أخرجه بقوته حتى لو لم يكن له قوة وحركه هو حتى أخرجه قطعاً لأنه مضاف إلى فعله . قال (وإن أدخل يده في صندوق الصيرفي أو كم غيره وأخذ قطع) لأنه حرز ، أما الصندوق فحرز بنفسه على ما بينا ، وأما الكم فحرز بالحاذظ فية قطع .

وَلَا قَطَعَ فِيهَا يُوجَدُ تَافِهَا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ : كَالْحَطَبِ وَالسَّمَكِ وَالصَّيْدِ
وَالطَّيْرِ وَالنُّورَةِ وَالزَّرَنِخِ وَنَحْوِهَا ، وَلَا مَا يَتَسَارِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ : كَالْفَوَاكِهِ
الرَّطْبَةِ وَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ ، وَلَا مَا يَتَأَوَّلُ فِيهِ الْإِنْكَارُ : كَالْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ ،
وَأَلَاتِ اللَّهْوِ وَالزَّرْدِ وَالشَّطْرَنْجِ ، وَصَلِيبِ الذَّهَبِ ، وَلَا فِي سَرَقَةِ الْمُصْحَفِ
الْمُحَلَّى ، وَالصَّبِيِّ الْحُرِّ الْمُحَلَّى .

فصل

(وَلَا يَقْطَعُ فِيهَا يُوجَدُ تَافِهَا مَبَاحًا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ : كَالْحَطَبِ وَالسَّمَكِ وَالصَّيْدِ وَالطَّيْرِ
وَالنُّورَةِ وَالزَّرَنِخِ وَنَحْوِهَا) لِحَدِيثِ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا « إِنْ أَلِدَ كَانَتْ لَا تَقْطَعُ عَلَى عَهْدِ
رَسُولِ اللَّهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ فِي الشَّيْءِ التَّافِهُ » وَهُوَ الْحَقِيرُ ، وَهُوَ مَبَاحٌ فِي الْأَصْلِ
بِصُورَتِهِ ، حَقِيرٌ لِقَلَّةِ الرِّغَابَاتِ فِيهِ ، وَلِهَذَا لَا يَجْرِي فِيهِ الشَّعْ وَالضَّنَّةُ ، وَمَا كَانَ كَذَلِكَ
لَا يُؤْخَذُ عَلَى كَرِهِهِ مِنَ الْمَسَالِكِ عَادَةً فَلَا حَاجَةَ إِلَى الزَّاجِرِ كَمَا قُلْنَا فِيهَا دُونَ النَّصَابِ ، وَمَا فِيهَا
مِنَ الشَّرِكَةِ الْعَامَةِ فِي الْأَصْلِ يُوْجِبُ الشُّبْهَةَ . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقْطَعُ فِي الطَّيْرِ »
وَيَعْمُ جَمِيعَ الطَّيُورِ حَتَّى الدِّجَاجِ وَالْبَطِّ ، وَيَدْخُلُ فِي السَّمَكِ الْمَلْحِ وَالطَّرِيِّ . قَالَ (وَلَا مَا يَتَسَارِعُ
إِلَيْهِ الْفَسَادُ : كَالْفَوَاكِهِ الرَّطْبَةِ وَاللَّبَنِ وَاللَّحْمِ) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقْطَعُ
فِي الطَّعَامِ » قَالُوا : مَعْنَاهُ مَا يَتَسَارِعُ إِلَيْهِ الْفَسَادُ لِأَنَّهُ يَقْطَعُ فِي الْحَبُوبِ وَالسُّكَّرِ لِجَمَاعَةٍ
وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقْطَعُ فِي ثَمَرٍ وَلَا كَثْرَ » قَالَ مُحَمَّدٌ : الثَّمَرُ مَا كَانَ عَلَى دَرَسِ
النَّخْلِ ، وَالْكَثْرُ : الْجَمَارُ . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقْطَعُ فِي الثَّمَارِ » وَمَا آوَاهُ الْحَرِيرُ
فَفِيهِ الْقَطْعُ وَهُوَ مَوْضِعُ تَجْمَعِ فِيهِ الثَّمَارُ إِذَا صَرِمَتْ ، وَالَّذِي يَجْمَعُ عَادَةً هُوَ الْيَابِسُ . قَالَ
(وَلَا مَا يَتَأَوَّلُ فِيهِ الْإِنْكَارُ : كَالْأَشْرِبَةِ الْمُطْرِبَةِ وَأَلَاتِ اللَّهْوِ وَالزَّرْدِ وَالشَّطْرَنْجِ وَصَلِيبِ
الذَّهَبِ) لِأَنَّهُ يَصْدَقُ دَعْوَاهُ فِي تَأْوِيلِهِ الْإِنْكَارُ لِأَنَّهُ ظَاهِرُ حَالِ الْمُسْلِمِ ، بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ ذَلِكَ
لِأَنَّهُ نَهَى عَنِ الْمُنْكَرِ . قَالَ (وَلَا فِي سَرَقَةِ الْمُصْحَفِ الْحَلِيِّ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يَقْطَعُ إِذَا
بَلَغَتْ الْحَلِيَّةُ نَصَابًا لِأَنَّهُ لَا يَسْتَمِنُ مِنَ الْمُصْحَفِ فَاعْتَبَرَتْ بِانْفِرَادِهَا . وَلَنَا أَنَّهُ يَتَأَوَّلُ فِيهِ الْقِرَاءَةُ ،
وَلِأَنَّ الْإِحْرَازَ لِأَجْلِ الْمَكْتُوبِ وَلَا مَالِيَّةَ لَهُ وَمَا وَرَاءَهُ تَبِعَ كَالْخُلْدِ وَالْوَرَقِ وَالْحَلِيَّةِ وَلَا عِبْرَةَ
بِالتَّبَعِ ، وَالْأَصْلُ أَنَّهُ مَتَى اجْتَمَعَ مَا يَجِبُ فِيهِ الْقَطْعُ وَمَا لَا يَجِبُ لَا يَقْطَعُ كَالشَّرَابِ وَمَاءِ
الْوَرْدِ فِي إِنَاءٍ ذَهَبٍ أَوْ فُضَّةٍ ، لِأَنَّهُ اجْتَمَعَ دَلِيلًا الْقَطْعِ وَعَدَمُهُ فَأُورِثَ شُبْهَةً ، حَتَّى
لَوْ شَرِبَ مَا فِي الْإِنَاءِ فِي الدَّارِ ثُمَّ أَخْرَجَ الْإِنَاءَ مِنَ الدَّارِ فَارْغَا قَطَعَ ، لِأَنَّ الْمَقْصُودَ حِينَئِذٍ
هُوَ الْإِنَاءُ ، رَوَاهُ هِشَامٌ عَنْ مُحَمَّدٍ (وَ) كَذَلِكَ (الصَّبِيِّ الْحُرِّ الْحَلِيِّ) وَعَنْ أَبِي يُوسُفَ :
أَنَّهُ يَقْطَعُ لِأَنَّ الْحَلِيَّ غَيْرُهُ فَكَانَ مَقْصُودًا . وَلَنَا أَنَّ الْحَلِيَّ تَبِعَ لَهُ وَهُوَ لَيْسَ بِمَالٍ ، وَلِأَنَّهُ

وَلَا فِي سَرِقَةِ الْعَبْدِ ، وَلَا فِي سَرِقَةِ الزَّرْعِ قَبْلَ حَصَادِهِ وَالشَّمَرَةِ عَلَى الشَّجَرِ
وَلَا فِي كَتَبِ الْعِلْمِ ؛ وَيُقْطَعُ فِي السَّاجِ وَالْقَنَا وَالْأَبْنُوسِ وَالصَّنْدَلِ وَالْعُودِ
وَالْيَاقُوتِ وَالزَّبَرْجَدِ وَالْفُصُوصِ كُلِّهَا ، وَالْأَوَانِي الْمُتَخَذَةِ مِنَ الْخَشَبِ ؛ وَلَا
قُطِعَ عَلَى خَائِنٍ ، وَلَا نَبَاشٍ ، وَلَا مُنْتَهَبٍ ، وَلَا مُخْتَلَسٍ .

يتأول في أخذه خوف الهلاك وردة على أهله ، ولو كان قصده الحلّي لأخذه دون الصبي ؛
وكذا لو سرق كلبا عليه قلاند فضة لأنها تبع له ولا قطع في الأصل فكذا في التبع . قال
(ولا في سرقة العبد) صغيرا كان أو كبيرا عند أبي يوسف لأنه آدمي من وجه مال من وجهه ،
وقالا : يقطع في العبد الصغير لأنه مال لكونه متفعلا به ، أو بعرضية الانتفاع لأنه خداع
أو غصب وليس سرقة ، وإذا كان يعبر عن نفسه ويعقل فهو كالكبير . قال (ولا في سرقة
الزرع قبل حصاده والثرثرة على الشجر) لعدم الحرز وللحديث المتقدم . قال (ولا في كتب
العلم) لأنه يتأول قراءتها ، ولأن المقصود ما فيها وليس بمال ، ويقطع في دفاتر الحساب
لأن ما فيها غير مقصود ، وإنما المقصود الكاغد ؛ ولو سرق الجلد والكاغد قبل الكتابة
قطع ، وفي كتب الأدب روايتان . قال (ويقطع في الساج والقنا والأبنوس والصندل
والعود والياقوت والزبرجد والفصوص كلها) لأنها من أنفس الأموال وأعزها مرغوب
فيها ، ولا توجد مباحة في دار الإسلام لصورتها فصارت كالذهب والفضة . (و) يقطع
في (الأواني المتخذة من الخشب) لأنها التحقت بالأموال النفيسة بالصناعة ، ولا قطع
في العاج ما لم يعمل ، فإذا عمل منه شيء قطع فيه ، ولا قطع في الزجاج لأن المكسور منه
ثافته ، والمصنوع يتسارع إليه الفساد . وقيل يقطع في المصنوع لأنه مال نفيس لا يتسارع
إليه الفساد . قال محمد : لو سرق جلود السباع المدبوجة وقيمته مائة لا يقطع ، ولو جعلت
مصلحة أو بساطا قطع ، لأنها خرجت من أن تكون جلود السباع لتغير اسمها ومعناها .
قال (ولا قطع على خائن ، ولا نباش ، ولا منتهب ، ولا مختلس) قال عليه الصلاة
والسلام « لا قطع على خائن ولا منتهب ولا مختلس » ولأن الحرز قاصر في حق الخائن
لأن المال غير محرز عنه ، والمنتهب والمختلس مجاهر فلا يكون سارقا . وسئل على رضي
الله عنه عن المختلس والمنتهب ؟ فقال : تلك دعاية (١) لأشياء فيها ، ولأن اسم السارق
لا يتناولها فلا يدخل تحت النص . وأما النباش فيقطع عند أبي يوسف لقوله عليه الصلاة
والسلام « من نبش قطعناه » ولأنه سرق مالا متقوما من حرز مثله فيقطع . ولهما ما روى
الزهري أن نباشا أخذ في زمن مروان بالمدينة والصحابة متوافرون يومئذ فأجمعوا أن لا قطع
عليه ، ولأن اسم السارق لا يتناولها ، ألا ترى أن العرب أفردوا له اسما ؟ والقطع وجب

(١) الدعاية : المزاح .

وَلَا مَن سَرَقَ مِّنْ ذِي رَحِمٍ مَّحْرَمٍ ، أَوْ مِّنْ سَيِّدِهِ ، أَوْ مِّنْ امْرَأَةٍ سَيِّدِهِ ،
أَوْ زَوْجٍ سَيِّدَتِهِ ، أَوْ زَوْجَتِهِ ، أَوْ مُكَاتِبَةٍ ، أَوْ مِّنْ بَيْتِ الْمَالِ ، أَوْ مِّنَ
الْغَنِيمَةِ ، أَوْ مِّنْ مَّالٍ لَهُ فِيهِ شَرِكَةٌ .
وَتُقَطَّعُ يَمِينُ السَّارِقِ مِّنَ الزَّنْدِ وَتُحْسَمُ ،

على السارق نصا ؛ فلو أوجبناه عليه كان إلحاقا له به فيكون إيجاب الحدود بالقياس فلا يجوز ، ولأنه ليس ملكا للميت لانقطاع ملكه عنه بالموت ، ولا ملكا للورثة لعدم جواز تصرفهم فيه ، فلم يكن له مالك معين فلا يقطع كمال بيت المال ، وما رواه محمول على السياسة . وقيل هو موقوف وليس بمرفوع . قال (ولا من سرق ذى رحم محرم ، أو من سيده ، أو من امرأة سيده ، أو زوج سيده ، أو زوجته ، أو مكاتبه ، أو من بيت المال ، أو من الغنيمة ، أو من مال له فيه شركة) لوقوع الخلل في الحرز لوجود الإذن في الدخول في البعض وبسطة في البعض في مال الآخر ، ولأن له حقا في أكساب المكاتب وله نصيب في بيت المال والمغنم ، وهو مروى عن علي رضي الله عنه ، وكذا إذا سرق المكاتب من مولاه لا يقطع ، ولا يقطع بالسرقة من غريمه مثل ماله عليه لأنه استوفى حقه ، والحال المؤجل سواء ، لأن الحق ثابت والتأجيل لتأخير المطالبة ، وكذا لو سرق أكثر من حقه لأنه يصير شريكا بمقدار حقه ؛ وكذا إذا أخذ أجود من دراهمه أو أردأ ، لأن الجنس متحد ؛ ويقطع بسرقة خلاف جنس ما عليه ، لأنه ليس له ولاية الاستيفاء منه إلا بيعا إلا إذا قال : أخذته رهنا بحق أو قضاء به فلا يقطع لأنه مختلف فيه فقد ظن في موضعه . قوم سرقوا وفيهم صبي أو مجنون لا قطع عليهم وإن تولى ذلك الكبير لأنه فعل واحد لم يوجب القطع على البعض فلا يجب على الباقيين للشبهة ، وكذا شريك ذى الرحم المحرم . وقال أبو يوسف : ادرك الحد عن الصبي والمحرم ، واقطع الآخر اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد ، إذ فعل كل واحد منهما معتبر بانفراده ، وشريك الآخر كشریک الصبي في الخلاف لأنه لاحد على الآخر لاحتمال أنه لو نطق ادعى شبهة الشركة ونحوها . قال أبو حنيفة : لا يقطع الأعمى إذا سرق لجهله بمال غيره وحرز غيره .

فصل

(وتقطع يمين السارق من الزند وتحسم) أما القطع فللقراءة المشهورة ، وأما اليمين فللقراءة ابن مسعود وعليه الإجماع . وأما من الزند لأن الآية مجملة ، فان اليد تتناول إلى الإبط وتتناول إلى الزند وإلى المرفق ، وقد وردت السنة مفسرة لها بما ذكرنا ، فان النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الزند . وأما الحسم فلقلوله عليه الصلاة والسلام

فَإِنْ عَادَ قُطِعَتْ رِجْلُهُ الْيُسْرَى ، فَإِنْ عَادَ لَمْ يُقَطَّعْ وَيُجَبَسُ حَتَّى يَتُوبَ .
فَإِنْ كَانَ أَقْطَعَ الْيَدَ الْيُسْرَى أَوْ أَشْلَهَا أَوْ لَبَّاهَا أَوْ أَصْبُعَيْنِ سِوَاهَا ، وَفِي
رِوَايَةٍ ثَلَاثِ أَصَابِعٍ أَوْ أَقْطَعَ الرَّجْلَ الْيُمْنَى أَوْ أَشْلَهَا أَوْ بِهَا عَرَجٌ يَمْنَعُ
الْمَشْيَ عَلَيْهَا لَمْ تُقَطَّعْ يَدُهُ الْيُمْنَى وَلَا رِجْلُهُ الْيُسْرَى .

« فاقطعوه واحسموه » ولأنه إذا لم تحسم يؤدّى إلى التلف ، لأن الدم لا ينقطع إلا به ،
والحدّ زاجر غير متلف ، ولهذا لا يقطع في الحرّ الشديد والبرد الشديد (فإن عاد قطعت
رجله اليسرى ، فإن عاد لم يقطع ويحبس حتى يتوب) والأصل أن حدّ السرقة شرع زاجرا
لامتلافاً ، لأن الحدود شرعت للزجر عن ارتكاب الكبائر لامتلفة النفوس المحترمة ، فكلّ
حد يتضمن إتلاف النفس من كلّ وجه أو من وجه لم يشرع حدّاً ، وكلّ قطع يؤدّى
إلى إتلاف جنس المنفعة كان إتلافاً للنفس من وجه فلا يشرع ، وقطع اليد اليسرى والرجل
اليمنى يؤدّى إلى إتلاف جنس منفعة البطش والمشى فلا يشرع حدّاً ، وإليه الإشارة بقول
علىّ رضی الله عنه : إني لأستحي من الله أن لأدع له يدا يأكل بها ويستنجى بها ورجلا
يمشي عليها ، وبهذا حاجّ بقية الصحابة فحجهم فاعقد إجماعاً . وعن عمر رضی الله عنه أنه
أتى برجل أقطع اليد والرجل وقد سرق يقال له « سدوم » فأراد أن يقطعه ، فقال له علىّ
رضی الله عنه : إنما عليه قطع يد ورجل ، فحبسه عمر رضی الله عنه ولم يقطعه ، ففتوى
علىّ ورجوع عمر رضی الله عنهما إليه من غير تكبر ولا مخالفة من غيرهما دليل على
إجماعهم عليه ، أو أنه كان شريعة عرفوها من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وهذا
بخلاف القصاص لأنه حقّ العبد فيستوفى جبراً لحقه . وما روى من الحديث في قطع أربعة
السارق طعن فيه الطحاوى ، أو نقول : لو صحّ لاحتجّ به الصحابة علىّ رضی الله
عنه ولرجع إليهم ، وحيث حجهم ورجعوا إلى قوله دلّ على عدم صحته ، فإن كانت
يده اليمنى داهية أو مقطوعة تقطع رجله اليسرى من المفصل ، وإن كانت رجله اليسرى
مقطوعة فلا قطع عليه لما فيه من الاستهلاك على ما بينا ، ويضمن السرقة ويحبس حتى
يتوب . قال (فإن كان أقطع اليد اليسرى أو أشلها أو لبهاها أو أصبعين سواها ، وفي
رواية ثلاث أصابع أو أقطع الرجل اليمنى أو أشلها أو بها عرج يمنع المشى عليها لم تقطع
يده اليمنى ولا رجله اليسرى) وجملة أنه متى كان بحال لو قطعت يده اليمنى لا ينتفع بيده
اليسرى ، أو لا ينتفع برجله اليمنى لآفة كانت قبل القطع لا يقطع ، لأن فيه تفويت جنس
المنفعة بطشاً أو مشياً وقوام اليد بالإبهام ، فعدمها أو شللها كشلل جميع اليد ، ولو كانت
أصبع واحدة سوى الإبهام مقطوعة أو شلاء قطع ، لأن فوات الواحدة لا يوجب نقصاً
ظاهراً في البطش ، بخلاف الأصبعين لأنهما كالإبهام في البطش ؛ ولو كانت اليد اليمنى شلاء

وإن اشترى السارق المسروق أو وهب له أو ابتاعه لم يقطع ، وإذا قطع
والعين قائمة في يده ردّها ، وإن كانت هالكة لم يضمنها ، ومن قطع
في سرقة ثم سرقتها وهب بحالها لم يقطع .

أو ناقصة الأصابع يقطع في ظاهر الرواية ، لأن المستحق بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرى واستيفاء الناقص عند تعذر استيفاء الكامل جائز . وعن أبي يوسف : لا يقطع لأن مطلق الاسم يتناول الكامل ذكره في اختلاف زفر ويعقوب ، ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع ، فإن كان يستطيع المشي عليها قطعت يده اليمنى ، وإلا فلا لما بينا ، فإن سرق في الثالثة بعد ما قطعت يده ورجله حبس وضرب ، لأن القطع لما سقط لم يبق إلا الزجر بالحبس والضرب لحديث عمر رضي الله عنه . قال (وإن اشترى السارق المسروق أو وهب له أو ابتاعه لم يقطع) وقال زفر : إن كان بعد القضاء بالقطع قطع ، وهو رواية عن أبي يوسف لأن السرقة قد تمت انعقادا وظهورا ، وبالشراء والهبة لم يبين قيام الملك وقت السرقة فلم تثبت الشبهة . ولنا أن الإمضاء في الحدود من باب القضاء للاستغناء عن القضاء بالاستيفاء ، لأن القضاء للظهور وهو حق الله تعالى وهو ظاهر عنده ، وإذا ثبت ذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء فصار كما إذا ملكها قبل القضاء ، ولأن الشبهة دائرة وأنها تتحقق بمجرد الدعوى لاحتمال صدقه . قال (وإذا قطع والعين قائمة في يده ردّها) لأنها ملكه ، قال عليه الصلاة والسلام « من وجد عين ماله فهو أحقّ به » والنبي عليه الصلاة والسلام قطع سارق رداء صفوان وردّ الرداء على صفوان ، وكذلك إن كان ملكها غيره بأي طريق كان وهي قائمة بعينها لما قلنا (وإن كانت هالكة لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه » وفي رواية ابن عوف عنه عليه الصلاة والسلام « إذا قطع السارق فلا غرم عليه » ولأنه لو ضمنها لملكها من وقت الأخذ على ما عرف في الغصب فيكون القطع واقعا على أخذ ملكه ولا يجوز . وروى ابن سماعة عن محمد بن إمامة أنه ردّ قيمة ما استهلكه ، وإن كنت لأقضي عليه بذلك لأن القضاء يؤدي إلى إيجاب ما ينافي القطع لكن يفتى بالردّ لأنه أتلف مالا محظورا بغير حق ، وكذلك قطاع الطريق ، فإن سقط القطع لشبهة ضمن ، لأن أخذ مال الغير موجب للضمان وإنما سقط بالقطع على ما بينا ، فإذا سقط القطع عاد الضمان بحاله . قال (ومن قطع في سرقة ثم سرقتها وهب بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية الحسن عن أبي يوسف لأنه إذا ردّها صارت كعين أخرى في حق الضمان ، فكذا في حق القطع ، وجه الاستحسان أنها صارت غير متقومة في حقه ، ألا ترى أنه لو استهلكها لاضمان عليه ، وما ليس بمتمم في حقه لا قطع عليه في سرقة وبالردّ إلى المالك إن عادت حقيقة العصمة فشبهة السقوط

وَإِنْ تَغَيَّرَ حَالُهَا كَمَا إِذَا كَانَ غَزْلًا فَتَنْسِجَ قَطِيعَ .

باقية نظرا إلى اتحاد الملك والمحل . قال (وإن تغير حالها كما إذا كان غزلا فنسج قطع) لتبدل العين اسما وصورة ومعنى حتى يملكه الغاصب به ، وإذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فيقطع ؛ ولو سرق عينا فقطع فيها ، ثم إن المسروق منه باعها من آخر ثم اشتراها ثم عاد وسرقها ، قال مشايخ العراق لا يقطع لأن العين قائمة حقيقة لكن تبدل سبب الملك فيها فكان شبهة سقوط العصمة قائمة . وقال مشايخ خراسان : يقطع لأن العصمة سقطت في حق الأول ضرورة وجوب القطع ، وهذه الضرورة انعدمت في حق المشتري ، فقد وجد دليل العصمة وفقد دليل سقوطها فبقيت معصومة ، فإذا عادت إلى البائع عادت معصومة متقومة كما كانت ؛ وكذلك لو سرق قطنا فقطع فيه ثم غزل فسرقه قطع لما بينا ؛ ولو سرق ثوب خز أو صوف فقطع فيه ثم نقض الثوب فسرقه ثانيا لم يقطع ، لأن العين والملك لم يتبدل ، وحضور المالك أو من يقوم مقامه شرط لصحة القضاء بالسرقة ، لأن القضاء بالسرقة قضاء بالملك له ؛ ولو غاب بعد القضاء قبل الاستيفاء لا يقطع لأن للاستيفاء شيئا بالقضاء ولهذا رجوع الشهود وجرحهم بعد القضاء يمنع الاستيفاء . وغية الشهود وموتهم بعد القضاء لا يمنع الإمضاء في الحقوق كلها ، لأن الحدود لا تدرأ بشبهة توهم مثل رجوع الشهود وجرحهم ، لأن هذا التوهم لا ينفطع ، فلو اعتبر لم يرق حد أبدا ، ولو فسقوا أو عموا أو جنوا أو ارتدوا بعد القضاء يمنع الإمضاء في الحدود والقصاص دون الأموال ، لأن القضاء إنما يظهر ولاية الاستيفاء للقاضي ، لأن الحق ظاهر لصاحبه وهو الله تعالى ، والحاجة إلى القضاء لظهور ولاية الاستيفاء ، فكان الاستيفاء قضاء معنى ، فكانت هذه العوارض حادثة قبل القضاء معنى بخلاف الأموال ، لأن الحق إذا ظهر بالقضاء فولاية الاستيفاء ثبتت لصاحب الحق بالملك السابق لبالقضاء ؛ ولو سرق من أجنبي أو سرق من أجنبية ثم تزوجا سقط القطع ، لأن اعتراض الزوجية بعد القضاء يمنع الاستيفاء فيمنع القضاء أولى ، ويقطع السارق بخصومة المودع والمستعير والغاصب والمضارب والمستأجر والمرتهن والأب والوصي .

اعلم أن اليد ضربان : صحيحة ، وغير صحيحة . فالسرقة من اليد الصحيحة يتعلق بها القطع ، يد مالك كانت أو غير مالك ، ومن غير الصحيحة لا يتعلق بها القطع ؛ واليد الصحيحة يد ملك ويد أمانة ويد ضمان ، والتي ليست بصحيحة يد السارق ، أما السرقة من يد المالك فلما مر ، وأما من يد الأمانة فإنها كيد المالك ، لأن يد المودع يد مودعة ويد الضمان يد صحيحة كالمرتهن والقابض على سوم الشراء والغاصب لأن لهم ولاية الأخذ والأخذ دفعا للضمان عنهم فأشبهت يد المالك ، ويقطع بخصومة المالك أيضا إذا سرق من

هؤلاء إلا الراهن ، لأنه لاحق له في قبض العين مع قيام الرهن ، فإذا قضى الدين بطل الرهن فكان له ولاية الخصومة فيقطع بخصومته أيضا . وقال زفر : لا يقطع إلا بخصومة المالك والأب والوصي ، لأن ولاية الخصومة للباقيين إنما تثبت ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع . ولنا أن السرقة تثبت لحجة شرعية عقيب خصومة معتبرة لحاجتهم إلى الاسترداد فيستوفى القطع كالسرقة من المالك فلا تعتبر شبهة موهومة الاعتراض ، واليد التي ليست يد السارق فلا قطع على من سرق منه لأنها ليست يد ملك ولا أمانة ولا ضمان فصار كأنه أخذه من الطريق أو أخذ المال الضائع ، ولا يقطع بخصومة المالك أيضا ، لأن السارق الثاني لم يزل عن المالك يدا صحيحة فصار كأخذه من الطريق . وكل ما يحدثه السارق في العين المسروقة على وجهين ، إما أن يكون نقصا أو زيادة ، فإن كان نقصا قطع ولا ضمان عليه وردت العين ، لأن نقصان العين ليس بأكثر من هلاكها ، وإن كانت زيادة فاما أن يسقط حق المالك عن العين كقطع الثوب وخياطته قباء أو جبة أو نحو ذلك قطع السارق ولا سبيل للمالك على العين ولا ضمان ، لأن العين زالت عن ملك المسروق منه فتعذر الضمان بالقطع فصار كالاستهلاك ، وإن كانت الزيادة لانقطع حق المسروق منه كالصبغ ، قال أبو حنيفة : يقطع السارق ولا سبيل للمسروق منه على العين ، وقالوا : يأخذه ويعطى ما زاد على الصبغ فيه ، لأن المالك يخير بين تضمين الثوب وبين أخذه وضمان الزيادة ، وقد تعذر التضمين بالقطع فتعين أخذه ، وضمان الزيادة لأن المخير بين الشئين إذا تعذر أحدهما تعين الآخر . ولأبي حنيفة أنه لا يجوز تضمين الثوب بعد القطع لما مر . ولو رد الثوب يصير السارق شريكا فيه بسبب متقدم على القطع ، وسرقة العين المشتركة تسقط القطع ابتداء ، فإذا وجد القطع لم يجز إثبات ما ينافيه ، وليس كذلك إذا صبغه بعد القطع لأن الشركة بعد القطع لا تسقط القطع كما لو باع المالك بعض الثوب من السارق ؛ ولو سرق ذهباً أو فضة فضربه دراهم أو دنانير قطع وردت الدراهم والدنانير عند أبي حنيفة . وقالوا : لا سبيل للمسروق منه عليها ، وهذه صنعة متقومة عندهما خلافاً له ، وقد عرف في الغصب ، وفي الحديد والرصاص والصفر إن جعله أواني ، فإن كان يباع عددا فهو للسارق بالإجماع ، وإن كان يباع وزناً فهو على اختلافهم في الذهب والفضة وبهذا الأصل يعرف جميع مسائل ما يحدثه السارق في المسروق لمن يتأمله .

فصل

إِذَا خَرَجَ جَمَاعَةٌ لِقَطْعِ الطَّرِيقِ أَوْ وَاحِدٌ فَأُخِذُوا قَبْلَ ذَلِكَ حَبَسَهُمُ
الإِمَامُ حَتَّى يَتُوبُوا ؛ وَإِنْ أَخَذُوا مَالَ مُسْلِمٍ أَوْ ذِمِّيٍّ وَأَصَابَ كُلَّ وَاحِدٍ
مِنْهُمْ نِصَابُ السَّرْقَةِ قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ ؛ وَإِنْ قَتَلُوا وَلَمْ
يَأْخُذُوا مَالًا قَتَلَهُمْ وَلَا يَلْتَقَتُ إِلَى عَفْوِ الْأَوْلِيَاءِ ؛ وَإِنْ قَتَلُوا وَأَخَذُوا الْمَالَ
قَطَعَ أَيْدِيَهُمْ وَأَرْجُلُهُمْ مِنْ خِلَافٍ وَقَتَلَهُمْ وَصَلَبَهُمْ ، أَوْ قَتَلَهُمْ ،
أَوْ صَلَبَهُمْ .

فصل

(إذا خرج جماعة لقطع الطريق أو واحد فأخذوا قبل ذلك حبسهم الإمام حتى يتوبوا ،
وإن أخذوا مال مسلم أو ذمي وأصاب كل واحد منهم نصاب السرقة قطع أيديهم وأرجلهم
من خلاف ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم ولا يلتفت إلى عفو الأولياء) لأنه إنما يقتلهم
حدًا حقًا لله تعالى ، ولا يصح العفو عن حقوق الله تعالى (وإن قتلوا وأخذوا المال قطع
أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم ، أو قتلهم) يعنى من غير قطع (أو صلبهم)
من غير قطع . والأصل في ذلك قوله تعالى - إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون
في الأرض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من
الأرض - قيل معناه : الذين يحاربون أولياء الله وأولياء رسوله لاستحالة محاربة الله تعالى
بطريق حذف المضاف . وقيل المراد أنهم في حكم المخاربين لأنهم لما امتنعوا على نائب الله
الإمام وجماعة المسلمين وتظاهروا بمخالفة أوامر الله تعالى كانوا في حكم المخاربين ، وهذا
توسع في الكلام ومجاز كقوله تعالى - ومن يشاق الله - والمحاربون المذكورون في الآية
هم القوم يجتمعون لهم منعة بأنفسهم يحمى بعضهم بعضا ، ويتناصرون على ما قصدوا إليه
ويتعاضدون عليه ، وسواء كان امتناعهم بجديد أو خشب أو حجارة ، ويكون قطعهم
على المسافرين في دار الإسلام من المسلمين وأهل الذمة دون غيرهم ، هذا عند أبي حنيفة
وأصحابه . قال أصحابنا : الآية مرتبة على ما ذكرنا من الأحوال الأربعة ، وروى ذلك
عن عليّ بن ابن عباس والنخعي وابن جبير رضى الله عنهم ، ولأن الجنايات تتفاوت على
الأحوال ، فاللائق تغلظ الحكم بتغلظها ، فاذا أخافوا السبيل ولم يقتلوا ولم يأخذوا مالا
حبسوا ، وهو المراد من النفي من الأرض . وقيل هو أن الإمام لا يزال يطلبهم حتى يخرجوا
من دار الإسلام ، وإن أخذوا مالا على الوصف المذكور قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف

وَيَطْعَنُ. تَحْتَ ثُنْدُوتِهِ الْيُسْرَى حَتَّى يَمُوتَ ، وَلَا يُصَلَّبُ أَكْثَرَ مِنْ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، وَإِنْ بَاشَرَ الْقَتْلَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أُجْرِيَ الْحَدُّ عَلَى الْكُلِّ ،

يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى ، ويشترط أن يكون المال معصوما عصمة مؤبدّة ، فلهذا قال مال مسلم أو ذمى ، حتى لو قطع على مستأمن لا يقطع ، لأن خطره مؤقت فلا يجب فيه حدّ كالسرقة الصغرى ، ولا بدّ أن يصيب كلّ واحد نصاب لما مرّ في السرقة ، وإن قتلوا ولم يأخذوا مالا قتلهم حدّا على ما بينا ، وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام فيهم بالخيار على الوجه الذى بينا ، وهذا لأن أخذ المال موجب للقطع في السرقة الصغرى ، وتغلظت الكبرى بقطع الطريق والقتل موجب للقتل في غير قطع الطريق ، ويغلظ هنا بأن يقتل ولا يلتفت إلى عفو الوليّ وصلحه ، وهو معنى قولنا يقتلهم حدّا ، فاذا جمع بين القتل والسرقة يجمع عليه بين موجهما ، وهكذا نزل جبريل عليه السلام بالحدّ فيهم ، وتكون «أو» في الآية بمعنى الواو . وقال أبو يوسف : لا يترك الصلّب لأنه منصوص عليه كالقتل والقطع ، ولأنه أبلغ في التشهير وهو المقصود ليعتبر به ، والجواب أن التشهير حصل بالقتل والصلب مبالغة فيخبر فيه . وقال محمد : يقتل أو يصلب ولا يقطع ، لأن النفس وما دونها إذا اجتمعا لحقّ الله تعالى دخل ما دون النفس في النفس كالحصن إذا زنا وسرق . قلنا هذا حدّ واحد وجب لمعنى واحد ، وهو إخافة الطريق على وجه الكمال بالقتل وأخذ المال ، والحدّ الواحد لا يدخل بعضه بعضا ، ألا ترى أن قطع اليد والرجل حدّ واحد في أخذ المال في الكبرى حدّان في الصغرى ، والتداخل في الحدود لا في حدّ واحد . واختلفوا في صلبه . قال الطحاوى : يقتل ثم يصلب . وقال الكرخي : يصلب حيا (ويطعن تحت ثنودته (١) اليسرى حتى يموت) لأنه أبلغ في زجر غيره . قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه لأنه يتغير بعد ذلك فيستضرّ الناس برأخته ، ولأن المقصود يحصل بذلك وهو الزجر والاشتهار . وعن أبي يوسف يترك على الخشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره ، والحكم في قطع اليد والرجل ما بيناه في الصغرى من شلل أيديهم وذهاب بعض الأعضاء لما ذكرنا . قال (وإن باشر القتل واحد منهم أجرى الحدّ على الكلّ) لأن المحاربة تتحقق بالكلّ ، لأنهم إنما أقدموا على ذلك اعتمادا عليهم حتى لو غلبوا أو هزموا انحازوا إليهم فكانوا عوناً لهم ، ولهذا المعنى كان الردء في الغنيمة كالمقاتل ، ولأن الردء ساع في الأرض فسادا ، لأنه إنما وقف ليقتل إذا قتل

(١) قال في مختار الصحاح : الشدوة بفتح الثاء غير مهموز بوزن الترقوة ، وهى مغرز الثدي .

وَلَا كَانَ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ
صَارَ الْقَتْلُ لِلْأَوْلِيَاءِ .

فَيَقْتُلُ كَأَهْلِ الْبَيْتِ . قَالَ (وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ صَبِيٌّ أَوْ مَجْنُونٌ أَوْ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنَ الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ صَارَ الْقَتْلُ لِلْأَوْلِيَاءِ) مَعْنَاهُ : أَنَّهُ سَقَطَ الْحَدُّ ، فَلَوْ عَافَا الْوَلِيَّ أَوْ صَالِحَ سَقَطَ الْقَصَاصُ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْجَنَازَةَ وَاحِدَةٌ قَامَتْ بِالْكَلِّ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ فَعَلٌ بَعْضُهُمْ مُوجِبًا صَارَ فَعَلُ الْبَاقِينَ بَعْضُ الْعَلَّةِ فَلَا يَتَرْتَبُ عَلَيْهِ الْحُكْمُ . أَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ فَلَمَّا مَرَّ فِي السَّرْقَةِ . وَأَمَّا ذُو الرَّحِمِ الْمَحْرَمُ فَلِأَنَّ الْقَافِلَةَ كَالْحَرْزِ ، فَقَدْ حَصَلَ الْخُلُوفُ فِي الْحَرْزِ فِي حَقِّهِمْ فَيَسْقُطُ الْحَدُّ فَيَصِيرُ الْقَتْلُ إِلَى الْأَوْلِيَاءِ ، وَلِهَذَا لَوْ قُطِعَ بَعْضُ الْقَافِلَةِ عَلَى الْبَعْضِ لَا يَجِبُ الْحَدُّ لِأَنَّ الْحَرْزَ وَاحِدًا فَصَارَتْ كِدَارٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَوْ كَانَ فِي الْمَقْطُوعِ عَلَيْهِمْ مَسْتَأْمَنٌ قُطِعُوا ، لِأَنَّ الْإِمْتِنَاعَ فِي حَقِّهِ لَخُلُوفُ الْعَصْمَةِ وَذَلِكَ يَخْصُهُ ، وَخُلُوفُ الْحَرْزِ يَحْمِلُ الْكُلَّ ، ثُمَّ شَرَايِطُ قُطْعِ الطَّرِيقِ فِي ظَاهِرِ الرَّوَايَةِ أَنَّ يَكُونُ قَوْمٌ لَهُمْ مَنَعَةٌ عَلَى مَا تَقَدَّمَ يَنْقُطِعُ بِهِمُ الطَّرِيقُ ، وَلَا يَكُونُ فِي مِصْرٍ وَلَا بَيْنَ قَرِيَّتَيْنِ وَلَا بَيْنَ مَدِينَتَيْنِ ، وَيَكُونُ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمِصْرِ مَسِيرَةُ السَّفَرِ ، لِأَنَّ قُطْعَ الطَّرِيقِ بَانْقِطَاعِ الْمَسَارَةِ وَالسَّابِلَةِ ، وَلَا يَمْتَنِعُونَ عَنِ الْمَشْيِ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ فَيُلْحِقُهُمُ الْغَوْثُ سَاعَةً بَعْدَ سَاعَةٍ مِنَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ مِنْ جِهَةِ الْإِمَامِ . وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ : لَوْ كَانَ فِي الْمِصْرِ لَيْلًا ، أَوْ بَيْنَهُمْ وَبَيْنَ الْمِصْرِ أَقْلٌ مِنْ مَسِيرَةِ سَفَرٍ فَهُمْ قِطَاعُ الطَّرِيقِ وَعَلَيْهِ الْفَتْوَى نَظَرًا لِمَصْلَحَةِ النَّاسِ بِدَفْعِ شَرِّ الْمُتَغَلِّبَةِ الْمُفْسِدِينَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ أَجَابَ عَلَى مَا شَاهَدَ فِي زَمَانِهِ ، فَإِنَّ أَهْلَ الْأَمْصَارِ كَانُوا يَحْمِلُونَ السَّلَاحَ فَلَا يُمْكِنُ قَاطِعُ الطَّرِيقِ مِنْ مَغَالِبَتِهِمْ ؛ فَأَمَّا إِذَا تَرَكُوا هَذِهِ الْعَادَةَ وَأَمَكُنَ أَنْ يَتَغَلَّبَ عَلَيْهِمْ قِطَاعُ الطَّرِيقِ أَجْرَى عَلَيْهِمُ الْحَدُّ ، وَلِهَذَا قَالَ : لَا يَثْبُتُ قُطْعُ الطَّرِيقِ بَيْنَ الْحَيَرَةِ وَالْكُوفَةِ ، لِأَنَّ الْغَوْثَ فِي زَمَانِهِ كَانَ يُلْحِقُ ذَلِكَ الْمَوْضِعَ لِاتِّصَالِ الْمِصْرِيِّينَ ، أَمَّا الْآنَ فَهِيَ بَرِّيَّةٌ يَجْرِي فِيهَا قُطْعُ الطَّرِيقِ وَيَسْتَوِي فِيهِ الْإِمْتِنَاعُ بِالْخَشْبِ وَالسَّلَاحِ ، لِأَنَّ الْمَعْنَى يَوْجَدُ بِهِمَا ، وَلَا بَدَّ أَنْ يَكُونَ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لِأَنَّ الْحَدَّ إِذَا وَجَدَ سَبِيحَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ لَا يَسْتَوْفِي فِي دَارِ الْإِسْلَامِ لَمَّا مَرَّ فِي الْحُدُودِ ؛ وَإِذَا تَابَ قِطَاعُ الطَّرِيقِ قَبْلَ أَنْ يُؤْخَذُوا سَقَطَ عَنْهُمْ الْحَدُّ وَبَقِيَ حَقُّ الْعِبَادَةِ فِي الْمَالِ وَالْقَصَاصُ ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى - إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا مِنْ قَبْلِ أَنْ تَقْدُرُوا عَلَيْهِمْ - فَيَقْتَضِي خُرُوجَهُ عَنِ الْجَمَلَةِ عَمَلًا بِالْإِسْتِثْنَاءِ ، وَفِي السَّرْقَةِ إِذَا تَابَ وَلَمْ يَرُدَّ الْمَالُ يَقْطَعُ لِأَنَّ قَوْلَهُ تَعَالَى - فَمَنْ تَابَ مِنْ بَعْدِ ظُلْمِهِ - لَيْسَ إِسْتِثْنَاءً ، فَلَا يَقْتَضِي خُرُوجَ الثَّابِتِ مِنَ الْجَمَلَةِ السَّابِقَةِ ، وَهُوَ كَلَامٌ مُبْتَدَأٌ يَسْتَفْنِي عَنْ غَيْرِهِ فَيَحْمِلُ عَلَى الْإِبْتِدَاءِ لِأَنَّهُ أَوَّلِي ، أَمَّا الْإِسْتِثْنَاءُ فَيَقْتَضِي فِي صَحْتِهِ إِلَى مَا قَبْلَهُ فَافْتَرَقَا .

كتاب السير

الجهادُ فرضٌ عَيْنٍ عِنْدَ النَّفِيرِ العامِّ وَكِفَايَةٍ عِنْدَ عَدَمِهِ ،

كتاب السير

وهي جمع سيرة ، وهي الطريقة خيرا كانت أو شرا ، ومنه سيرة العمرين : أي طريقتهما ؛ ويقال : فلان محمود السيرة ، وفلان مذموم السيرة : يعني الطريقة ، وسمى هذا الكتاب بذلك لأنه يجمع سير النبي عليه الصلاة والسلام ، وطريقته في مغازيه ، وسيرة أصحابه وما نقل عنهم في ذلك ؛ والجهاد فريضة محكمة يكفر جاحدها ، ثبتت فرضيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر - إلى غيرها من الآيات في الأمر بقتال الكفار . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله » وقال عليه الصلاة والسلام « الجهاد ماض : أي فرض مند بعثني الله تعالى إلى يوم القيامة ، حتى يقاتل عصاة من أمي الدجال » وعليه إجماع الأمة . « وكان رسول الله عليه الصلاة والسلام إذا بعث جيشا أو سرية أوصى أصحابهم : أي أميرهم بتقوى الله تعالى وقال : اغزوا باسم الله في سبيل الله ، قاتلوا من كفر بالله ، ولا تغلوا ، ولا تغدروا ، ولا تمثلوا ، ولا تقتلوا وليدا ، وإذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوه إلى ثلاث خصال إلى الإسلام ، فإن أسلموا فاقبلوا منهم ويكفوا عنهم ، وإن أبوا فادعوه إلى إعطاء الجزية ، فإن أبوا فانبذوا إليهم : أي أعلموهم بالقتال ، وإذا حاصرتهم حصنا أو مدينة فأرادوكم أن تنزلوهم على حكم الله تعالى فلا تنزلوهم ، فإنكم لا تدرؤن ما حكم الله فيهم ، ولكن أنزلوهم على حكمكم ، ثم اقصوا فيهم ما رأيتم ، وإذا أرادوكم أن تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ذلك ، ولكن أعطوهم ذمتكم وذمة آبائكم ، فإنكم إن تخفروا ذمتكم وذمة آبائكم أهون من ذمة الله وذمة رسوله » وإخفار (١) الذمة : نقضها .

قال (الجهاد فرض عين عند النفير العام وكفاية عند عدمه) أما الأول فلقوله تعالى - انفروا خفافا وثقالا - الآية ؛ والنفير العام : أن يحتاج إلى جميع المسلمين فلا يحصل المقصود وهو إعزاز الدين وقهر المشركين إلا بالجميع ، فيصير عليهم فرض عين كالصلاة ، وإذا لم يكن كذلك فهو فرض كفاية ، إذا قام به البعض سقط عن الباقيين كرد السلام

(١) قال في الصحاح : أخفزه بفتح الهزة وسكون الخاء وفتح الفاء والراء : نقض عهده وغدر .

وَقِتَالُ الْكُفَّارِ وَاجِبٌ عَلَى كُلِّ رَجُلٍ عَاقِلٍ صَحِيحٍ حُرٍّ قَادِرٍ ، وَإِذَا هَجَمَ الْعَدُوَّ وَجَبَ عَلَى جَمِيعِ النَّاسِ الدَّفْعُ تَخْرُجُ الْمَرْأَةُ وَالْعَبْدُ بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ وَالسَّيِّدِ ، وَلَا بَأْسَ بِالْجُلْعِ إِذَا كَانَ بِالْمُسْلِمِينَ حَاجَةٌ ؛ وَإِذَا حَاصَرَ الْمُسْلِمُونَ أَهْلَ الْحَرْبِ فِي مَدِينَةٍ أَوْ حِصْنٍ دَعَوْهُمْ إِلَى الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ أَسْلَمُوا كَفُّوا عَنْ قِتَالِهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يُسَلِّمُوا دَعَاهُمْ إِلَى آدَاءِ الْجِزْيَةِ إِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِهَا وَبَيَّنُّوا لَهُمْ كَمِّيَّتَهَا وَمَتَى تَجِبُ ،

ونحوه ، لأن المراد والمقصود منه دفع شر الكفر وكسر شوكتهم ، وإطفاء نائرتهم ، وإعلاء كلمة الإسلام ، فإذا حصل المقصود بالبعض فلا حاجة إلى غيرهم ، والنبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج إلى الجهاد ولا يخرج جميع أهل المدينة ، ولأنه أمر بالمعروف ونهى عن المنكر فيكون على الكفاية ، ولأنه لو وجب على جميع الناس تعطلت مصالح المسلمين من الزراعات والصنائع ، وانقطعت مادة الجهاد من الكراع والسلاح فلا يقدر المجاهدون على الإقامة على الجهاد فيؤدّى إلى تعطيله ، فان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه كسائر فروض الكفاية . قال (وقتال الكفار واجب على كل رجل عاقل صحيح حر قادر) لأن المرأة والعبد مشغولان بخدمة السيد والزوج ، وحق العبد مقدم ، والصبي والمجنون غير داخلين في الخطاب ، وأما غير القادر فلأن تكليف العاجز قبيح كالمرضى والعُمى والمقعدين ونحوهم ، وفيه نزل قوله تعالى - ليس على الأعمى حرج - الآية التي في سورة الفتح . قال (وإذا هجم العدو وجب على جميع الناس الدفع ، تخرج المرأة والعبد بغير إذن الزوج والسيد) لأنه يصير فرض عين ، وحق الزوج والسيد لا يظهر في مقابلة فرض الأعيان كالصلاة والصوم . قال (ولا بأس بالجلع إذا كان بالمسلمين حاجة) لأنه دفع الضرر الأعلى باحتمال الأدنى ، والحاجة أن لا يكون في بيت مال المسلمين شيء ويحتاج المسلمون إلى الميرة ومواد الجهاد ولا شيء لهم ؛ وقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعاً من صفوان ، وكان عمر رضى الله عنه يغزى الأعزب عن ذى الحليّة ، ويعطى الشاخص فرس القاعد . قال (وإذا حاصر المسلمون أهل الحرب في مدينة أو حصن دعوهم إلى الإسلام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام ما قاتل قوما حتى دعاهم إلى الإسلام ، ولما تقدّم من الحديث ، ولأنهم ربما أسلموا فيحصل المقصود بأهون الشرّين (فان أسلموا كفوا عن قتالهم) لقوله عليه الصلاة والسلام « أمرت أن أقاتل الناس » الحديث ، ولما سبق من الحديث ، ولأن المقصود لإسلامهم وقد حصل . قال (فان لم يسلموا دعاهم إلى آداء الجزية) لما سبق من الحديث (إن كانوا من أهلها وبينوا لهم كميتها ، ومتى تجب) على ما يعرف في بابها ، أما إذا لم يكونوا من أهلها لا يدعواهم ، لأنه لا فائدة فيه ، إذ لا يقبل

فَإِنْ قَبِلُوهَا فَلَهُمْ مَا لَنَا وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْنَا ، وَيَجِبُ أَنْ يَدْعُو مَنْ لَمْ يَبْلُغْهُ
الدَّعْوَةُ ، وَيُسْتَحَبُّ ذَلِكَ لِمَنْ بَلَغَتْهُ ، فَإِنْ أَبَوْا اسْتَعَانُوا بِاللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِمْ
وَحَارِبُوهُمْ ، وَنَصَبُوا عَلَيْهِمُ الْمُجَانِيقَ ، وَأَفْسَدُوا زُرُوعَهُمْ وَأَشْجَارَهُمْ
وَحَرَقُوهُمْ وَرَمَوْهُمْ ، وَإِنْ تَتَرَسَّوْا بِالْمُسْلِمِينَ ، وَيَقْصِدُونَ بِهِ الْكُفَّارَ :

منهم إلا الإسلام أو السيف ويعرفهم قدرها لتقطع المنازعة بعد ذلك ، ولأن القتال ينهى
بالجزية ، قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد - أى حتى يقبلوها . قال (فان قبلوها
فلهم مالنا وعليهم ما علينا) قال عليه الصلاة والسلام « فإذا قبلوها فأعلمهم أن لهم بالمسلمين
وعليهم ما على المسلمين » . وقال على رضي الله عنه : إنما بذلوا الجزية لتكون أموالهم
كأموالنا ودمائهم كدمائنا . والمراد بالذل القبول لإجماعا . قال (ويجب أن يدعو
لم يبلغه الدعوة) لما تقدم وليعلموا ما يقاتلهم عليه فرما أجابوا فنكثي مؤنة القتال ، فان
قاتلهم بغير دعوة قيل يجوز ، لأن الدعوة إلى الإسلام قد انتشرت في دار الحرب فقام
الشيوع مقام البلوغ ، وقيل لا يجوز وهو آثم للنهي أو مخالفة الأمر على ما مر ، ولأن
الشيوع في بعض البلاد لا يعتبر شيوعا في الكل . قال (ويستحب ذلك لمن بلغته) الدعوة
أيضا مبالغة في الإنذار وهو غير واجب ، لأنه عليه الصلاة والسلام أغار على بني المصطلق
وهم غازون . وعن أسامة بن زيد « أن النبي عليه الصلاة والسلام عهد إليه أن يغير على
بني الأصفر صباحا ثم يحرق نخلهم » والغارة لا تكون عن دعوة . قال (فان أبوا) يعنى عن
الإسلام والجزية (استعانوا بالله تعالى عليهم وحاربوهم) لما بينا ، وبقوله عليه الصلاة
والسلام « فان أبوا فاستعن بالله تعالى عليهم وقاتلهم » ولأنه أعذر إليهم فأقاموا على عداوتهم
فوجبت مناجزتهم ، وأن يستعان بالله تعالى عليهم ، لأنه الناصر لأوليائه المذل لأعدائه
فيستعان به . قال (ونصبوا عليهم المجانيق ، وأفسدوا زروعهم وأشجارهم ، وحرقوهم
ورموهم ، وإن تترسوا بالمسلمين ويقصدون به الكفار) لأن في ذلك غيظا وكتبنا للكفار
وهو المقصود ، وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام حاصر أهل الطائف فرماهم بالمنجنيق
وكان فيهم المسلمون ، ولأن بلادهم لا تخلو عن المسلمين الأسرى والتجار والأطفال ،
فلو امتنع القتال باعتبار ذلك لامتنع أصلا ، ولا يقصدون بالرمى المسلمين تحريزا عن قتلهم
بقدر الإمكان « ولما مر صلى الله عليه وسلم يريد الطائف بدا له قصر عمر بن مالك النضري
فأمر بتحريقه ، فلما انتهى إلى الكروم أمر بقطعها » . قال الزهرى : وقطع رسول الله
صلى الله عليه وسلم نخل بني النضير وحرق البيوت ؛ ولما تحصن بنو النضير من رسول
الله صلى الله عليه وسلم أمر بقطع نخلهم وتحريقه ، فقالوا : يا أبا القاسم ما كنت ترذى
بالتفساد ، فأنزل الله تعالى - ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فبإذن الله

وَيَتَّبِعِي لِّلْمُسْلِمِينَ أَنْ لَا يَغْدُرُوا ، وَلَا يَغْلُوا ، وَلَا يُمَثِّلُوا ، وَلَا يَقْتُلُوا
مُجَنُّونًا ، وَلَا امْرَأَةً ، وَلَا صَبِيًّا ، وَلَا أَعْمَى ، وَلَا مُقْعِدًا ، وَلَا مُقْطُوعَ الْيَمِينِ ،
وَلَا شَيْخًا فَانِيًا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُ هَؤُلَاءِ مَلِكًا ، أَوْ مِمَّنْ يَقْدِرُ عَلَى الْقِتَالِ
أَوْ يُحَرِّضَ عَلَيْهِ ، أَوْ لَهُ رَأْيٌ فِي الْحَرْبِ ، أَوْ مَالٌ يَحْتُ بِهِ أَوْ يَكُونَ الشَّيْخُ
مِمَّنْ يَحْتَالُ .

وَإِذَا كَانَ لِّلْمُسْلِمِينَ قُوَّةٌ لَا يَتَّبِعِي لَهُمْ مُوَادَعَةُ أَهْلِ الْحَرْبِ ، وَإِنْ
لَمْ يَكُنْ لَهُمْ قُوَّةٌ فَلَا بَأْسَ بِهِ ،

وليخزي الفاسقين - فيبين أنه لم يكن فسادا ، وقد قال تعالى - ولا يطئون موطئا يغيظ
الكفار ولا ينالون من عدوٍ نيلا إلا كتب لهم - . قال (وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ،
ولا يغلوا ، ولا يمثّلوا) لما روينا من الحديث أول الباب ؛ والغلول : الخيانة والسرقة من
المغرم ؛ والغدر : نقض العهد فلا يجوز بعد الأمان ، ولا بأس به قبله وهو حيلة وخدعة ،
قال عليه الصلاة والسلام « الحرب خدعة » والمثلة المنيّة بعد الظفر بهم . ولا بأس بها قبله .
لأنه أبلغ في كبتهم وأضرّ بهم . قال (ولا يقتلوا مجنونًا ، ولا امرأة ، ولا صبيا ، ولا أعمى ،
ولا مقعدا ، ولا مقطوع اليمين ، ولا شيخا فانيا ، إلا أن يكون أحد هؤلاء ملكا ، أو ممن
يقدر على القتال ، أو يحرض عليه ، أو له رأى في الحرب أو مال يحثّ به ، أو يكون الشيخ
ممن يحتال) لنيه عليه الصلاة والسلام عن قتل الصبيان والذراير ، ورأى عليه الصلاة
والسلام امرأة مقتولة فقال : « هاه ما لها قتلت وما كانت تقا تل ؟ » ولأن الموجب للقتل هو
الحرب بآشارة هذا النصّ وهؤلاء لا يقتلون والمجنون غير مخاطب ، وكذلك مقطوع اليد
والرجل من خلاف ، وبأس الشقّ لما بينا ، فاذا كان أحد هؤلاء ملكا ، أو يقدر على
القتال ، أو له مال يعين به ، أو رأى لا يؤمن شرّه فصار كالمقاتل « والنبي صلى الله عليه
وسلم قتل دريد بن الصمة وكان له مائة وعشرون سنة لأنه كان صاحب رأى » ويقتل
الرهابين وأهل الصوامع الذين يخالطون الناس أو يدلون على عورات المسلمين لما مرّ ، فان
كانوا لا يخالطون الناس أو حبسوا أنفسهم في جبل أو صومعة ونحوه لا يقتلون لما بينا .

فصل

(وإذا كان للمسلمين قُوَّةٌ لا ينبغي لهم موادة أهل الحرب) لأنه لا مصلحة في ذلك
لما فيه من ترك الجهاد صورة ومعنى أو تأخيرها ، لأن الموادة طلب الأمان وترك القتال ؛
قال تعالى - فلا تهنوا وتدعوا إلى السلم وأنتم الأعلون - (وإن لم يكن لهم قُوَّةٌ فلا بأس به)
لأنه خيرة للمسلمين ، قال تعالى - وإن جنحوا للسلم فاجنح لها - أي إن مالوا إلى المصالحة

فان وادعهم ثم رأى القتال أصلح نبذ إلى ملكيهم ، وإن بدءوا بخيانة وعليم ملكيهم بها قاتلهم من غير نبذ . ويجوز أن يوادعهم بمال وبغيره ، وما أخذوه قبل محاصرتهم فهو كالجزية وبعدّها كالغنيمة ، وإن دفع إليهم مالا ليوادعوه جاز عند الضرورة ،

فل إليهم وصالحهم ، والمعتبر في ذلك مصلحة الإسلام والمسلمين ، فيجوز عند وجود المصلحة دون عدمها ، ولأن عليهم حفظ أنفسهم بالموادعة ، ألا يرى أنه صلى الله عليه وسلم صالح أهل مكة عام الحديبية على وضع الحرب عشر سنين ، ولأن الموادعة إذا كانت مصلحة للمسلمين كان جهادا معنى ، لأن المقصود دفع الشر وقد حصل ، وتجوز الموادعة أكثر من عشر سنين على ما يراه الإمام من المصلحة ، لأن تحقيق المصلحة والخير لا يتوقت بمدة دون مدة . قال (فان وادعهم ، ثم رأى القتال أصلح نبذ إلى ملكهم) وقتلهم ، قال تعالى - فانبذ إليهم على سواء - والنبي صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التي كانت بينه وبين أهل مكة ، ولأن المعتبر المصلحة على ما بينا ، فإذا تبدلت يصير النبذ جهادا ، وتركه ترك الجهاد صورة ومعنى ، ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر المنهي عنه . ويكتفى بعلم الملك لأنه صاحب أمرهم ويعلمهم بذلك ، ويشترط مدة يبلغ خبر النبذ إلى جماعتهم ، فإذا مضت مدة يمكن الملك إعلامهم جاز مقاتلتهم وإن لم يعلمهم ، لأن التخصير من ملكهم فلا يكون غدرا ، ولو آمنهم ولم ينزلوا من حصنهم فلا بأس بقتالهم بعد الإعلام وإن نزلوا إلى عسكر المسلمين فهم على أمانهم حتى يعودوا إلى حصنهم لأنهم نزلوا بسبب الأمان ، فلا يزالون على حكمه حتى يعودوا إليه . قال (وإن بدءوا بخيانة وعلم ماكدهم بها قاتلهم من غير نبذ) لأنهم قد نقضوا العهد لما كان باختيار ملكهم ؛ أما لو دخل منهم جماعة دارنا وقطعوا الطريق بغير أمر الملك لا يكون نقضا في حق الجميع لأنه بغير إذن الملك ، ويكون نقضا في حقهم خاصة فيقتلون . قال (ويجوز أن يوادعهم بمال وبغيره) إذا كان في ذلك مصلحة للمسلمين ، ولهم حاجة إلى المال لما مر (وما أخذوه قبل محاصرتهم) بأن أرسل إليهم رسولا (فهو كالجزية) لا يخمس لأنه مال أهل الحرب حصل لنا بغير قتال (و) ما أخذوه (بعدها) أي محاصرتهم بخمس (كالغنيمة) ويقسم الباقي لأنه حصل بقوة الجيش . قال (وإن دفع إليهم مالا ليوادعوه جاز عند الضرورة) وهو خوف الهلاك ، لأن دفع الهلاك واجب بأي طريق كان ، فانه إذا لم يكن بالمسلمين قوة ظهر عليهم عدوهم فأخذ الأنفس والأموال ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « اجعل مالك دون نفسك » وإن لم يكن ضرورة لا يجوز لما فيه من إلحاق الذلة بالمسلمين وإعطاء الدنيئة :

وَالْمُرْتَدُّونَ إِذَا غَلَبُوا عَلَى مَدِينَةٍ ، وَأَهْلُ الذِّمَّةِ إِذَا نَقَضُوا الْعَهْدَ كَالْمُشْرِكِينَ فِي الْمَوَادِّعَةِ ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ السِّلَاحِ وَالْكِرَاعِ مِنْ أَهْلِ الْحَرْبِ وَتَجْهِيزُهُ لَهُمْ قَبْلَ الْمَوَادِّعَةِ وَبَعْدَهَا .

وَإِذَا أَمَّنَ رَجُلٌ أَوْ امْرَأَةٌ كَافِرًا أَوْ بَجَاعَةً أَوْ أَهْلَ مَدِينَةٍ صَحَّ ،

أى الخسة فى الدين . قال (والمرتدّون إذا غلبوا على مدينة ، وأهل الذمة إذا نقضوا العهد كالمشركين فى الموادعة) أما المرتدّون فلأن الإسلام مرجوّ منهم فيوادعهم لينظروا فى أمورهم فربما عادوا إلى الإسلام ، إلا أنه لا يأخذ منهم مالا لأنه بمنزلة الجزية ، ولا جزية عليهم لأنه لا يجوز تأخير قتلهم بمال يؤخذ منهم لما يأتى إن شاء الله تعالى ، ولو أخذه لا يردّه لعدم العصمة ، ولو غلبوا فقد صارت دارهم دار حرب وأموالهم غنيمة ، فكذا أهل الذمة لأنهم لما نقضوا العهد صاروا كغيرهم من أهل الحرب ، ويجوز أخذ المال منهم لأنه لا يجوز تركهم بالجزية ، بخلاف المرتدّين وعبد الأوثان من العرب كالمتردّين فى الموادعة ، لأنه لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف ، وكذلك أهل البغى فى الموادعة ، لكن إن أخذ منهم مالا يردّه عليهم إذا وضعت الحرب أوزارها لأنهم مسلمون لو أصيب ما لهم بالقتال يردّ عليهم ، ويكره لأمر الجيش أو قائد من قوادم المسلمين أن يقبل هدية أهل الحرب فيختصّ بها ، بل يجعلها فئنا للمسلمين لأنه إنما أهدى إليه بمنعة المسلمين لابتغسه ، قال (ويكره بيع السلاح والكراع من أهل الحرب وتجهيزه لهم قبل الموادعة وبعدها) لأن النبيّ صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك ، ولما فيه من تقويتهم على المسلمين لأنه معصية ، وكذلك الحديد وكل ما هو أصل فى آلات الحرب ، وهو القياس فى الطعام والشراب ، إلا أنا جوّزناه لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة بأن يدير أهل مكة وكانوا حربا علينا ، ولأننا نحتاج إلى بعض ما فى بلادهم من الأدوية ، فلو منعنا عنهم الميرة لمنعوا عنا ، ولا يكره إدخال ذلك على أهل الذمة لأنهم التحقوا بالمسلمين فى الأحكام ، ولا يمكن الحربى أن ينقل إلى دار الحرب السلاح والكراع والحديد والدقيق إذا اشتراه فى دار الإسلام مسلما كان أو كافرا ، ولا يمنع أن يرجع بما جاء به من هذه الأشياء لأنه تناوله عقد الأمان ، فان أسلم بعض عبيده منع من إدخاله دار الحرب لأن المسلم يمنع من ذلك ، ولا بأس بإدخال المصحف أرض الحرب لقراءة القرآن مع جيش عظيم أو تاجر دخل بأمان لأن الغالب السلامة ، ويكره ذلك مع سرية أو جريئة خيل يخاف عليهم الانهزام لأنه ربما وقع فى أيدي أهل الحرب فيستخفون به وكتب الفقه بمنزلة المصحف .

فصل

(وإذا أمن رجل أو امرأة كافرا أو جماعة أو أهل مدينة صحّ) أمانهم فلا يحلّ لأحد

فان كان فيه مفسدة أدبه الإمام وتبذد إليهم ، ولا يصح أمان ذمى ، ولا أسير ، ولا تاجر فيهم ، ولا من أسلم عندهم وهو فيهم ، ولا أمان عبد مخجور عن القتال ،

من المسلمين قتالهم ؛ وشرط صحة الأمان أن يكون المؤمن ممتنعاً مجاهداً يخاف منه الكفار ، لأن الأمان إنما يكون بعد الخوف ، والخوف إنما يتحقق من الممتنع ، والواحد يقوم مقام الكل في الأمان لتعذر اجتماع الكل ، قال عليه الصلاة والسلام « المسلمون تنكافأ دماؤهم يسعى بذمتهم أدناهم » أى أن الواحد يسعى بذمة جميعهم . وروى « أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أمنت زوجها ، فأجاز صلى الله عليه وسلم أمانها ، وأجازت أم هانئ رجلين من المشركين ، فأراد على أن يقتلها وقال لها : أتجيرين المشركين على رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقالت : والله لا تقتلها حتى تقتلى دونها ، ثم أغلقت دونه الباب وجاءت إلى النبي عليه الصلاة والسلام فأخبرته بذلك ، فقال : ما كان له ذلك فقد أجرنا من أجرت وأماننا من أمنت » فعلم أن أمان الواحد جائز ، وإذا جاز أمانه لا يجوز لأحد التعرض له بقتل ولا أخذ مال كما لو آمنه الإمام . قال (فان كان فيه مفسدة أدبه الإمام) لافتياته على رأيه ، بخلاف ما إذا كان فيه مصلحة ، لأنه ربما يفوت بالتأخير فيعذر . قال (ونبذ إليهم) لأن الإمام إذا آمنهم أو صالحهم ثم رأى النبذ أصلح نبذ إليهم فهذا أولى ، وينبذ للإمام إذا جاءوه بالأمان أن يدعوهم إلى الإسلام أو إلى إعطاء الجزية ، فان أجابوه إلى الإسلام فيها ونعمت ، وإن أبوا وأجابوا إلى الجزية قبلت منهم وصاروا ذمة ، وإن أبوا ردّهم إلى مآمنهم وقتلهم ، قال تعالى - ثم أبلغه مأمنه - ولأنه لا يجوز التعرض لهم مع الأمان ، ولا يجوز تركهم على الكفر من غير جزية فيعرض عليهم الإسلام أو الجزية التي يستحقونها معها الأمان ، فان أبوا لم يجز تركهم فيردّهم ثم يقتلهم كما لو خرجوا إلينا بأمان . قال (ولا يصح أمان ذمى ولا أسير ، ولا تاجر فيهم ، ولا من أسلم عندهم وهو فيهم) لأن الذمى منهم ولا ولاية له على المسلمين ، والباقون مقهورون عندهم فلا يخافونهم فلا يكونون من أهل البيان على ما بينا ، ولأنه لو انفتح هذا الباب لانسد باب الفتح ، لأنهم كلما اشتد الأمر عليهم لا يخلون عن أسير أو تاجر فيتخلصون به وفيه ضرر ظاهر . قال (ولا أمان عبد محجور عن القتال) وقال محمد : يصح ، وقول أبي يوسف مضطرب . لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام « يسعى بذمتهم أدناهم » وقياساً على المأذون له في القتال ، ولأبي حنيفة أنهم آمنون منه ، فلا يصح أمانه كالأسير والتاجر ، ولأنه إنما لم يملك العقود لما فيها من إسقاط حق المولى ، فلا يملك ما فيه إسقاط حق المولى وسائر المسلمين ، وهو الأمان بطريق الأولى ، بخلاف المأذون ، لأنه لما أذن له في القتال فقد جعل إليه

وَلَا أَمَانَ لِلْمُرَاهِقِ .
وَإِذَا فَتَحَ الْإِمَامُ بَلَدَهُ عَنُودَ إِنْ شَاءَ قَسَمَهَا بَيْنَ الْغَانِمِينَ ، وَإِنْ شَاءَ أَقْرَأَ أَهْلَهَا عَلَيْهَا وَوَضَعَ عَلَيْهِمُ الْجِزْيَةَ ، وَعَلَى أَرْضِيهِمُ الْخَرَاجَ ،

الرأى فى القتال ، وتارة يكون الرأى فى القتال ، وتارة فى الكف عنه ، فذلك جاز أمانه ، ولأن الخطأ من المحجور ظاهر لعدم علمه بعدم المباشرة ، وخطأ المأذون نادر لمباشرة القتال . قال (ولا أمان للمراهق) وقال محمد : إن كان يعقل الأمان ويصفه يجوز أمانه لأنه يصير مسلماً بنفسه ، ومن لا يعقل الإسلام إنما يحكم بإسلامه تبعاً فلا يعتد به ، ولأن المراهق من أهل القتال كالبالغ ، ولأبى حنيفة أنه لا يملك العقود والأمان عقد ، ومن لا يملك أن يعقد فى حق نفسه فى حق غيره أولى ، وإن كان مأذوناً له فى القتال ، قيل يصح أمانه ، وعامة المشايخ أنه لا يصح لأن المصلحة والخيرية خفية لا يهتدى إليها إلا من له كثرة تجربة وممارسة وذلك بعد البلوغ .

فصل

(وإذا فتح الإمام بلدة عنوة إن شاء قسمها بين الغانمين) كما فعل النبى عليه الصلاة والسلام بخيبر وسعد رضى الله عنه ببني قريظة (وإن شاء أقرأ أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيتهم الخراج) كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق باجماع الصحابة ، وكل ذلك قدوة فيخير . قالوا : الأول أولى عند حاجة الغانمين ، والثانى عند عدمها ليكون ذخيرة لهم فى الثانى من الزمان ، فانهم يعملون للمسلمين وهم يعلمون وجوه الزراعات ، ولهذا قالوا : يعطيهم من المنقول ما لا بد لهم منه فى العمل لينتفعوا بذلك . ولأن المنى برقابهم لمنفعة الزراعة حتى لو لم يكن لهم أرض لا يجوز المنى عليهم برقابهم ، وكذا لو منى برقابهم لا غير وهم أراض أو برقابهم وأموالهم لا يجوز لأنه إبطال حق الغانمين لأن الرقاب لا تدمر بل تنقطع بالموت والإسلام ، وإنما يجوز تبعاً للأراضى نظراً للغانمين لثلاث يشغلوا بالزراعة فيتقاعدوا عن الجهاد ، وفيه مصلحة لمن يجيئ بعدهم كما قاله عمر رضى الله عنه ، فإنه لما وضع الخراج على أرض العراق طلبوا منه قسمتها ، واحتجوا عليه بقوله تعالى - ما آفأ الله على رسوله من أهل القرى - الآية ، وبقوله تعالى - للفقراء المهاجرين - الآية ، فاحتج عليهم بقول الله تعالى - والذين جاءوا من بعدهم - . وقال : لو قسمتها عليكم لم يبق لمن بعدكم شيء ، فأطاعوه ورجعوا إلى قوله ، وإنما يملك إبطال حقهم بالقتل دفعاً لشركهم فلا يتمحض ضرراً ؛ أما المنى ضرر محض يجعلهم عوناً للكفرة وهذا فى العقار ؛ وأما المنقول لا يردّه عليهم لأنه لم يرد به الشرع .

وَأِنْ شَاءَ قَتَلَ الْأَسْرَى ، أَوْ اسْتَرْقَهُمْ ، أَوْ تَرَكَهُمْ ذِمَّةً لِلْمُسْلِمِينَ ،
وَلَا يُفَادُونَ (سم) بِأَسْرَى الْمُسْلِمِينَ وَلَا بِالْمَالِ إِلَّا عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ؛ وَإِذَا
أَرَادَ الْإِمَامُ الْعُودَ وَمَعَهُ مَوَاشٍ يَعْجِزُ عَنْ نَقْلِهَا ذَبَحَهَا وَحَرَقَهَا ،

قال (وإن شاء قتل الأسرى) لأنه عليه الصلاة والسلام قتل ، وفيه تقليل مادة الكفر
والفساد ، وقتل صلى الله عليه وسلم عقبة بن أبي معيط ، والنضر بن شميل بعد ما حصل
في يده . وقتل بنى قريظة بعد ثبوت اليد عليهم (أو) إن شاء (استرقهم) لأن فيه دفع
شرهم مع وفور المنفعة للمسلمين (أو) إن شاء (تركهم ذمة للمسلمين) لما تقدم إلا
المرتدين ومشركى العرب على ما يأتى فى الجزية ، ولا يجوز ردّهم إلى دار الحرب لأن فيه
تقوية للكفرة على المسلمين ، ولو أسلموا بعد الأخذ لانقتلهم لاندفاع الشر ، ويجوز
استرقاقهم لانعقاد سبب الملك ، بخلاف ما لو أسلموا قبل الأخذ حيث لايجوز استرقاقهم
لأنه لم ينعد سبب الملك . قال (ولا يفادون بأسرى المسلمين) وقالوا : يفادون بهم لأن
فى عود المسلمين إلينا عوننا لنا ، ولأن تخليص المسلم أولى من قتل الكفار ، وقد قال تعالى
- فإما منا بعد وإما فداء - ولأنى حنيفة قوله تعالى - اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
وقوله تعالى - وقتلواهم حتى لا تكون فتنة - فيجب قتلهم وذلك يمنع ردّهم ، ولأن الكافر
يصير حربا علينا ، ودفع شرّ حراهم خير من تخليص المسلم منهم ، لأن كون المسلم
فى أيديهم ابتلاء من الله تعالى غير مضاف إلينا ، وإعانتهم بدفع الأسير إليهم مضاف إلينا .
وذكر الكرخى ، قال أبو يوسف : تجوز المفاداة بالأسارى قبل القسمة ولا تجوز بعدها
وقال محمد : يجوز على كل حال . قال (ولا بالمال إلا عند الحاجة إليه) لما بينا ،
ومفاداة النبىّ عليه الصلاة والسلام يوم بدر عاتبه الله تعالى عليها بقوله - لولا كتاب من
الله سبق - الآية ، فجلس صلى الله عليه وسلم وأبو بكر يبيكان . وقال عليه الصلاة
والسلام « لو نزل من السماء عذاب لما نجا منه إلا عمر » لأنه أشار بقتلهم دون الفداء ،
والقصة معروفة ؛ ويجوز عند الحاجة للاستعداد للجهاد ، لأن المعتبر المصلحة وهى فيما
ذكرنا . قال محمد : لا بأس بأن يفادى بالشيخ الفانى والعجوز الفانية بالمال إذا كان لايرجى
منه الوالد لأنه لا معونة لهم فيه ، بخلاف الصبيان والنساء لأن فى الردّ عليهم معونة لهم ،
ولا يجوز المنّ على الأسرى لما فيه من إبطال حقّ الغانمين بغير عوض فإن حقهم ثبت
فيهم بالأسر فلا يبطل ، ولأن النصوص الواردة فى قتال المشركين وقتلهم تنهى ذلك .
قال (وإذا أراد الإمام العود ومعه مواش يعجز عن نقلها ذبحها وحرقها) لكيلا ينتفعوا
باللحم ولا يعقرها لأنه مثله ، وذبح الشاة جائز لغرض صحيح ، وكسر شوكة الأعداء
غرض صحيح وصار كقطع الشجر وتخريب البناء ، أما الحرق قبل الذبح منهى عنه لما فيه

وَيَحْرِقُ الْأَسْلِحَةَ .

وَلَا تُقَسَّمُ غَنِيمَةٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ (س) ، وَلَا يَجُوزُ بَيْعُهَا قَبْلَ الْقِسْمَةِ .
وَمَنْ مَاتَ مِنَ الْغَانِمِينَ فِي دَارِ الْحَرْبِ فَلَا سَهْمَ لَهُ ، وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ إِحْرَازِهَا
بِدَارِنَا فَتَنْصِيْبُهُ لَوَرَثَتِهِ .

من تعذيب الحيوان (ويحرق الأسلحة) والأمتعة أيضا ، وما لا يحترق منها يدفن في موضع
لا يقدر الكفار عليه إبطالا للمنفعة عليهم ؛ أما الأسارى يمضون إلى دار الإسلام ، فإن عجزوا
قتل الرجال وترك النساء والصبيان في أرض مضیعة حتى يموتوا جوعا وعطشا ، لأننا
لانتقلهم للنهي ، ولو تركوا في العمران عادوا حربا علينا ؛ فالنساء يحصل منهنّ النسل ،
والصبيان يكبرون فيصرون حربا علينا فتعين ماقلناه ، ولهذا قالوا : إذا وجد المسلمون
في دار الحرب حیات وعقارب ينزعون حمة العقرب (١) وأنياب الحية دفعا لضررها عنهم
ولا يقتلونها لئلا ينقطع نسلهم وفيه منفعة الكفار ، وقد أمرنا بضده .

فصل

الغنيمة : اسم لما يؤخذ من أموال الكفار على وجه القهر والغلبة . وما يؤخذ منهم هدية
أو سرقة أو خلسة أو هبة فليس بغنيمة ، وهو للأخذ خاصة . قال (ولا تقسم غنيمة في دار
الحرب) لكن يخرجها إلى دار الإسلام فيقسمها . وقال أبو يوسف : إن قسمت في دار
الحرب جاز ، وأحبّ إلىّ أن تقسم في دار الإسلام (ولا يجوز بيعها قبل القسمة) ولا
في دار الحرب (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا سهم له ، وإن مات بعد إحرازها
بدارنا فنصيبه لورثته) وإذا لحقهم المدد في دار الحرب شاركهم فيها ، ولا تضمن
بالإتلاف ، وأصله أن الغنائم لا تملك بالإصابة ويثبت فيها الحقّ ، وهو اليد الناقلة المتصرفّة .
ويتأكد الحقّ بالإحراز ويثبت بالقسمة ، فلو أسلم الأسير بعد الأخذ قبل الإحراز لا يكون
حرّا ، ولو أسلم قبل الأخذ يكون حرّا ؛ والدليل أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع
الغنيمة في دار الحرب ، والقسمة بيع معنى فيدخل تحت النهي ، ولأنه عليه الصلاة
والسلام قسم غنائم بدر بالمدينة ، ولو جاز قسمتها قبل ذلك لم يؤخرها ، لأن تأخير الحقّ
عن مستحقه لا يجوز مع حاجته إليه إلا باذنه ، ولأن فيه ضررا بالمسلمين ، لأن المدد
يقطع ظمعمهم عنها فلا يلحقونهم فلا تؤمن كربة الكفار عليهم ، وربما كان سببا لرجوع
الكرة عليهم ، لاشتغال كلّ منهم بحمل نصيبه والدخول إلى وطنه ، وما روى

(١) حمة العقرب بالحاء المهملة المضمومة وفتح المخففة : سمها وضرّها هكذا في مختار

الصحيح .

وَالرَّدُّ وَالْمُقَاتِلُ فِي الْغَنِيمَةِ سَوَاءٌ وَإِذَا لَحِقَهُمْ مَدَدٌ فِي دَارِ الْحَرْبِ شَارَكُوهُمْ فِيهَا ، وَلَيْسَ لِلسُّوقَةِ سَهْمٌ إِلَّا أَنْ يُقَاتِلُوا ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْإِمَامِ مَا يَحْمِلُ عَلَيْهِ الْغَنَائِمُ أَوْدَعَهَا الْغَانِمِينَ لِيُخْرِجُوهَا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ ، ثُمَّ يَقْسِمُهَا ، وَيَجُوزُ لِلْعَسَاكِرِ أَنْ يَعْطِفُوا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، وَيَأْكُلُوا الطَّعَامَ ، وَيَدَّهِنُوا بِالذَّهْنِ ، وَيُقَاتِلُوا بِالسَّلَاحِ ، وَيَرْكَبُوا الدَّوَابَّ ، وَيَلْبَسُوا الثِّيَابَ إِذَا احتاجُوا إِلَى ذَلِكَ ،

أنه عليه الصلاة والسلام قسم غنائم خيبر فيها ، وغنائم بني المصطلق فيها ، فإنه فتحها وصارت دار الإسلام ، ولو قسمها في دار الحرب جاز بالإجماع لأنه قضى في مجتهد فيه . قال (والردء والمقاتل في الغنيمة سواء) لاستوائهم في السبب وهو المجاورة أو شهود الواقعة على ما يأتي إن شاء الله تعالى ، ولأن إرهاب العدو يحصل بالردء مثل المقاتل أو أكثر فقد شاركوا المقاتلة في السبب فيشاركونهم في الاستحقاق . قال (وإذا لحقهم مدد في دار الحرب شاركهم فيها) لما مر . وبذلك كتب عمر رضي الله عنه إلى سعد بن أبي وقاص : وإنما تنقطع شركتهم إما بالإحراز بدار الإسلام ، أو بالقسمة في دار الحرب ، أو ببيع الإمام الغنيمة في دار الحرب ، فإذا وجد أحد هذه المعاني الثلاثة انقطعت الشركة ، لأن الملك يستقر به ، واستقلال الملك يقطع الشركة . ولو فتح العسكر بلدا من دار الحرب واستظهروا عليه ثم لحقهم مدد لم يشاركهم لأنه صار من بلد الإسلام فصارت الغنيمة محرزة بدار الإسلام فلا يشاركونهم . قال (وليس للسوقه سهم إلا أن يقاتلوا) لعدم السبب في حقهم ، وهو المجاورة بقصد القتال فيعتبر السبب الآخر وهو حقيقة القتال ، ويعتبر حاله عند القتال فارسا أو راجلا ، وكذلك التاجر لما بينا . قال (فإذا لم يكن للإمام ما يحمل عليه الغنائم أودعها الغانمين ليخرجوها إلى دار الإسلام ثم يقسمها) لما مر أن القسمة لا تجوز في دار الحرب ، ولا بد من الحمل إلى دار الإسلام ، فإن كان في الغنيمة حولة حمل عليها ، لأن الأحمول والحمولة لهم ، وكذا إن كان مع الإمام فضل حولة في بيت المال حمل عليها لأنه مال المسلمين ، وإن لم يكن معه فن كان من الغانمين معه فضل حولة يحمل عليها بالأجر بطيبة نفسه ، وإن لم يطب لايحمل لأنه لا يحل الانتفاع بمال المسلم إلا بطيبة من نفسه ، هذه رواية السير الصغير ، وذكر في السير الكبير أنه يحمل على كره منه بأجر المثل لأنه ضرورة وحالة الضرورة مستثناة كما إذا انقضت مدة الإجارة في المفازة أو في البحر أو في الزرع نقل تنعقد مدة أخرى بأجرة المثل فكذا هذا ، فإذا لم يجد حولة أصلا ذبح وأحرق وقتل على ما بينا . قال (ويجوز للعسكر أن يعلفوا في دار الحرب ، يأكلوا الطعام ، ويدهنوا بالدهن ويقاتلوا بالسلاح ، ويركبوا الدواب ، ويلبسوا الثياب إذا احتاجوا إلى ذلك) . لما روى ابن

فَإِذَا خَرَجُوا إِلَى دَارِ الْإِسْلَامِ لَمْ يَجْزَ لَهُمْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، وَيَرُدُّونَ مَا قَضَلَ
مَعَهُمْ قَبْلَ الْقِسْمَةِ ، وَيَتَصَدَّقُونَ بِهِ بَعْدَهَا .

فصل

يُنَبِّغِي لِلْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ أَنْ يَعْزِضَ الْجَيْشَ عِنْدَ دُخُولِهِ دَارَ الْحَرْبِ
لِيَعْلَمَ الْفَارِسَ مِنَ الرَّاجِلِ ،

عمر رضى الله عنه أن جيشا غنموا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يأخذ منهم الخمس . وعن أوفى بن أبي أوفى أن الطعام يوم خيبر لم يخمس ، وكان الرجل إذا احتاج إلى شيء ذهب فأخذه . وكتب عمر رضى الله عنه إلى أمير الجيش بالشام : مر العسكر فلأكلوا وليعلفوا ولا يبيعوا بذهب ولا فضة ، فمن باع بذهب أو فضة ففيه الخمس ، ولأنه يتعذر عليهم حمل الطعام أو العلف إلى دار الحرب والميرة منقطعة عنهم ، فإن أهل الحرب لا يبيعونهم فلو لم تجز لهم ذلك ضاق عليهم الأمر ، أو نقول الطعام والعلف لا يمكن حمله إلى دار الإسلام غالبا فلا تجرى فيه الممانعة فلذلك جاز ، ولا يجوز أن يبيعوا شيئا من ذلك بذهب ولا فضة ولا عروض ، لأنه إنما أبيع لهم ذلك للحاجة فلا يجوز لهم البيع كمن أباح طعامه لغيره ويردُّون الثمن إلى الغنيمة لأنه صار مالا يجرى فيه التمانع كغيره من الأموال (فإذا خرجوا إلى دار الإسلام لم يجز لهم شيء من ذلك) لأن الحاجة زالت ، ولأنه استقر حق الغانمين بالحيازة فلا ينتفع بعضهم بغير إذن الباقيين . قال (ويردُّون ما فضل معهم قبل القسمة ويتصدقون به بعدها) ليقسم على مستحقه ، فإن وقعت القسمة يتصدقون به ، يعنى إن كانوا أغنياء ، وإن كانوا محتاجين انتفعوا به لأنه لا يمكن قسمة ذلك بين جماعة الجيش فصار كمال لا يمكن إيصاله إلى مستحقه وحكمه ما ذكرنا كاللقطه ، وإن انتفعوا به بعد خروجهم إلى دار الإسلام إن كان غنيا تصدق بقيمته بعد القسمة لما بينا ويردُّه إلى الغنيمة قبل القسمة إيصالا للحق إلى مستحقه ، وإن كان فقيرا ردَّ قيمته قبل القسمة ولا شيء عليه بعدها على ما بينا ، فإذا ذبحوا البقر أو الغنم ردَّوا الجلود إلى الغنيمة إذ لا حاجة لهم إليها ، ولا ينتفع بما ذكرنا من الأشياء إلا من له سهم من الغنيمة أو يرضخ له غنيا كان أو فقيرا ، ويطعم من معه من النساء والأولاد والمماليك ولا يطعم الأجير ، وكذلك المدد ، ولو أهداه إلى تاجر لا ينبغي أن يأكل منه إلا أن يكون خبز الخنطة أو طيبخ اللحم فلا بأس بالأكل منه لأنه ملكه بالاستهلاك .

فصل

(ينبغى للإمام أو نائبه أن يعرض الجيش عند دخوله دار الحرب ليعلم الفارس من الراجل)

فَقَنَّ مَاتَ فَرَسُهُ بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ سَهْمٌ فَارِسٍ ، وَإِنْ بَاعَهُ أَوْ وَهَبَهُ أَوْ رَهْنَهُ أَوْ كَانَ مُهْرًا أَوْ كَبِيرًا أَوْ مَرِيضًا لَا يَسْتَطِيعُ الْقِتَالُ عَلَيْهِ فَلَهُ سَهْمٌ رَاجِلٍ ، وَمَنْ جَاوَزَ رَاجِلًا ثُمَّ اشْتَرَى فَرَسًا فَلَهُ سَهْمٌ رَاجِلٍ ، وَتُقَسَّمُ الْغَنِيمَةُ أَخْمَاسًا : أَرْبَعَةٌ مِنْهَا لِلْغَانِمِينَ ، لِلْفَارِسِ سَهْمَانِ (سَم) ؛ وَلِلرَّاجِلِ سَهْمٌ ،

ليقسم بينهم بقدر استحقاقهم (فَن) دخل فارسا ثم (مات فرسه بعد ذلك فله سهم فارس) وكذا لو أخذه العدو قبل حصول الغنيمة أو بعدها ، لأن الفارس من أوجف على بلاد العدو بفارس فدخل فارسا ، لأن المقصود لإرهاب العدو دون القتال عليها ، حتى إن من دخل فارسا وقاتل راجلا استحق سهم فارس ، وإرهاب العدو إنما يعصل بالدخول لأن عنده ينتشر الخبر ويصل إليهم أنه دخل كذا كذا فارسا ، وكذا كذا راجلا ويتعذر الوقوف عليهم عند القتال لأنه وقت التقاء الصفين وتعبئة الجيوش وترتيب الصفوف ، والوقت حينئذ يضيق عن اعتبار الفارس من الراجل ومعرفتهم وكتبهم ، وقد تقع الحاجة إلى القتال راجلا في المضائق وأبواب الحصون وبين الشجر ونحو ذلك ، فوجب أن يعتبر السبب الظاهر وهو المجاوزة لحصول المقصود به على ما بينا ، ولأن الله تعالى جعل الدخول في أرض العدو كإصابة العدو بقوله - ولا يظنون موطنًا يغيظ الكفار ولا ينالون من عدو نيلا إلا كتب لهم - . قال (وإن باعه) أي فرسه (أو وهبه أو رهنه أو كان مهرا أو كبيرا أو مريضا لا يستطيع القتال عليه فله سهم راجل) لأن إقدامه على هذه التصرفات ومجاوزته بفارس لا يقدر عليه القتال دليل أنه لم يكن من قصده المجاوزة للقتال فارسا . وروى الحسن عن أبي حنيفة : له سهم فارس اعتبارا للمجاوزة وصار كوته ، ولو باعه بعد القتال فله سهم فارس لحصول المقصود . قال (ومن جاوز راجلا ثم اشترى فرسا فله سهم راجل) لأن العبرة للمجاوزة لما بينا . وعن الحسن : إذا دخل وهو راجل فاشترى فرسا أو وهب له أو استأجره أو استعاره وقاتل عليه فله سهم فارس ، فصار عن أبي حنيفة في شهود الواقعة روايتان ؛ وجه هذه الرواية أن الانتفاع بالفارس حالة القتال أكثر منها حالة المجاوزة ، فإذا استحق سهم فارس بالدخول ، فلأن يستحقه بالقتال أولى . وإذا غزا المسلمون في السفن فأصابوا غنائم فهم ومن في البر سواء ، ويعتبر فيهم حالة المجاوزة للفارس والراجل والنبي عليه الصلاة والسلام أسهم للخيال بخير وكانت حصونا ، لم يقاتلوا على الخيل وإنما قاتلوا رجالة ، ولأن من في السفن يحتاج إلى الخيل إذا وصلوا جزيرة أو ساحلا فصار كما في البر . قال (وتقسم الغنيمة أخماسا : أربعة منها للغانمين ، للفارس سهمان ، وللراجل سهم) والأصل فيه قوله تعالى - واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسة - الآية ، ذكر الخمس لهؤلاء ، بقيت الأربعة الأخماس للغانمين بدلالة قوله : غنمتم ، فإنه يشعر باستحقاقهم

وَلَا يُسَهَّمُ لِبَغْلٍ وَلَا رَاحِلَةٍ ، وَلَا يُسَهَّمُ إِلَّا لِفَرَسٍ وَاحِدٍ (س) ، وَالْمَمْلُوكُ وَالصَّبِيُّ وَالْمَكْتَابُ يَرْضَخُ لَهُمْ دُونَ سَهْمٍ إِذَا قَاتَلُوا ، وَلِلْمَرْأَةِ إِنْ دَاوَتْ ابْجَرَحَتْ ، وَلِلذِمِّيِّ إِنْ أَعَانَ الْمُسْلِمِينَ أَوْ دَلَّهُمْ عَلَى عَوَرَاتِ الْكُفَّارِ وَالطَّرِيقِ ؛

لها بالاستيلاء ، وقالوا : للفارس ثلاثة أسهم لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم » ولأن الفرس يحتاج إلى من يخدمه فصاروا ثلاثة . ولأبي حنيفة أن القياس يأبى استحقاق الفرس لأنه آلة كالسلاح تركناه بالنص والنصوص مختلفة ، فروى أنه أعطى للفارس ثلاثة وروى سهمين ، وهو ما روى عن المقداد « أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم له سهماً ولفرسه سهماً » وروى محمد بن يعقوب بن مجمع عن أبيه عن جده قال « شهدت خيبر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وكانت غنيمة خيبر على ثمانية عشر سهماً ، كانت الخيل ثلاثمائة فرس . والرجالة ألفاً ومائتين ، فأعطى النبي عليه الصلاة والسلام للراجل سهماً ولفرسه سهماً » فلما اختلفت النصوص ، فأبو حنيفة أثبت المتفق عليه وحمل الباقي على الأصل ولأن الانتفاع بالفارس أعظم من الفرس ألا يرى أن الفارس يقاتل بانفراده ولا تأثير للفرس بانفراده ؛ فلا يجوز أن يستحق الفرس أكثر من صاحبه ، ولأنه لا يجوز تفضيل البهيمة على الآدمي . وقد روى نافع عن ابن عمر رضى الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل مذهب أبي حنيفة فتعارضت روايته فكان ما وافق غيره أولى . قال (ولا يسهم لبغل ولا راحلة) لأنه لا يصلح للكر والفارس كالراجل (ولا يسهم إلا لفرس واحد) وقال أبو يوسف : يسهم لفرسين لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين » ولأن الواحد قد يعيا فيحتاج إلى الآخر ، ولهما ما روى « أن الزبير بن العوام حضر خيبر بأفراس فلم يسهم النبي عليه الصلاة والسلام إلا لفرس واحد » ولأن القتال على فرسين غير ممكن ، والحاجة تندفع بالواحد فصار الثاني كالثالث . وجوابه أن القياس يمنع الإسهام للخيل إلى آخر ما ذكرنا ، والعتيق من الخيل والمقرف (١) والهجين والبرزون سواء ، لأن اسم الخيل ينطلق على الكل ، ولأن العتيق إن اختص بزيادة القوة في الطلب والحرب ، فالبرزون اختص بزيادة الثبات على حمل السلاح وكثرة الإنعطاف فتساويا في المنفعة فيستويان في سبب الاستحقاق . قال (والمملوك والصبي والمكاتب يرضخ لهم دون سهم إذا قاتلوا ، والمرأة إن داوت ابجرحت ، وللذمي إن أعان المسلمين أو دلهم على عورات الكفار والطريق) والأصل أن كل من لا يلزمه القتال في غير حالة الضرورة لا يسهم له لأنه ليس

(١) قوله والعتيق والمقرف . العتيق : هو الجواد الرائع . والمقرف : هو الذي أمه

وَالْخُمْسُ الْآخَرُ يُقَسَّمُ ثَلَاثَةَ أَشْهُمٍ لِلْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَأَبْنَاءِ السَّبِيلِ ، وَمَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَى بِصِفَتِهِمْ يُقَدَّمُ عَلَيْهِمْ .

من أهله ، ومن يلزمه القتال يسهم له لأنه من أهله ، لأننا لو أسهمنا للكل لسوينا بينهم ولا يجوز ، والدليل عليه ما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان . وعن ابن عباس أنه يرضخ لهم . وقال عليه الصلاة والسلام « لا تجعلوهم كأهل الجهاد » واستعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود فلم يسهم لهم ؛ والمرأة عاجزة عن القتال طبعاً فتقوم مداواة الجرحى منها مقام القتال لما فيه من منفعة المسلمين . والأجير إذا قاتل . قال محمد : إن ترك خدمة صاحبه وقاتل استحق السهم وإلا لاشيء له ، ولا يجتمع له أجر ونصيب في الغنيمة . وجملته أن من دخل للقتال استحق السهم قاتل أو لم يقاتل ومن دخل لغير القتال لا يستحقه إلا أن يقاتل إذا كان من أهل القتال ، فالسوق والتاجر دخلاً للمعاش والتجارة ولم يدخلا للقتال ، فإن قاتلاً صاراً بالفعل كمن دخل للقتال والأجير إنما دخل لخدمة المستأجر لا للقتال ، فإذا ترك الخدمة وقاتل صار كأهل العسكر . قال (والخمس الآخر يقسم ثلاثة أسهم لليتامى والمساكين وأبناء السبيل ، ومن كان من أهل القرى بصفتهم يقدم عليهم) لما تلونا من الآية ، إلا أن ذكر اسم الله تعالى للتبرك في افتتاح الكلام ، إذ الدنيا والآخرة لله تعالى ، ولأن الأئمة المهديين والخلفاء الراشدين لم يفردوا هذا السهم ولم ينقل عنهم ، ولما لم يفعلوه دلّ على ما ذكرنا ؛ وأما سهم النبي عليه الصلاة والسلام فكان يستحقه بالرسالة ، كما كان يستحق الصفي من المغنم ، وهو ما كان يختاره من درع أو سيف أو جارية لنفسه فسقط بموته جميعاً إذ لا رسول بعده . وقال صلى الله عليه وسلم « مالى فيما أفاء الله عليكم إلا الخمس ، والخمس مردود فيكم » وكذلك الأئمة المهديون لم يفردوه بعده عليه الصلاة والسلام ، ولو بقى بعده أو استحقه غيره لصرفوه إليه . وأما سهم ذوى القربى فانهم كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة وبعده بالفقر لما روى « أن جبير بن مطعم وعثمان بن عفان رضى الله عنهما جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالا : يا رسول الله إنا لانكر فضل بنى هاشم لمكانك منهم الذى وضعك الله فيهم أرأيت بنى المطلب أعطيتم ومنعتنا وإنما هم ونحن منك بمنزلة فقال : إنهم لم يفارقوني في جاهلية ولا إسلام » وهذا يدلّ على أن الاستحقاق بغير القرابة وإنما بكونهم معه ينصرونه ، ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب وحرم بنى أمية وهم إليه أقرب ، لأن أمية كان أخا هاشم لأبيه وأمه والمطلب أخوه لأبيه ، فلو كان الاستحقاق بالقرابة لكان بنو أمية أولى ، وبهذا تبين أن المراد قرب النصرة لا قرب النسب ، ولأن أبا بكر وعمر وعثمان وعلياً رضى الله عنهم

وَإِذَا دَخَلَ جَمَاعَةٌ لَّهُمْ مَنَعَةٌ دَارَ الْحَرْبِ فَأَخَذُوا شَيْئًا خُمْسَ وَإِلَّا فَلَا ،
وَيَجُوزُ التَّنْفِيلُ قَبْلَ إِحْرَازِ الْغَنِيمَةِ ، وَقَبْلَ أَنْ تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا ،
فَيَقُولُ الْإِمَامُ : مَنْ قَتَلَ قَتِيلًا فَلَهُ سَلْبُهُ ، أَوْ مَنْ أَصَابَ شَيْئًا فَلَهُ رُبْعُهُ
وَبَعْدَ الْإِحْرَازِ يُنْفَلُ مِنَ الْخُمْسِ ،

قسموه على ثلاثة كما قلنا وكفى بهم قدوة ، وإنما يعطى من كان منهم على صفة الأصناف
الثلاثة لقوله عليه الصلاة والسلام « يا بنى هاشم إن الله تعالى كره لكم أوساخ الناس
وعوضكم عنها بخمس الخمس » والصدقة إنما حرمت على فقرائهم لأنها كانت محرمة على
أغنيائهم وأغنياء غيرهم ، فيكون خمس الخمس لمن حرمت الصدقة عليه . وما روى أن
عمر رضى الله عنه كان ينكح منه أيهم ويقضي منه غارمهم ، ويخدم منه عائلهم ، وكان
ذلك بحضور من الصحابة من غير نكير ، وإذا ثبت أنه لا سهم لله تعالى وسهم النبي عليه
الصلاة والسلام سقط ، وسهم ذوى القربى يستحقونه بالفقر ، لم يبق إلا الأصناف الثلاثة
التي ذكرناها فوجب أن يقسم عليهم ، ويدخل ذوو القربى فيهم إذا كانوا بصفتهم . قال
(وإذا دخل جماعة لهم منعة دار الحرب فأخذوا شيئا خمس وإلا فلا) .

اعلم أن الداخل دار الحرب لا يخلو إما إن كان لهم منعة أولا ، ولا يخلو إما إن كان
باذن الإمام أو لا ، فإن كان لهم منعة فما أخذوه يخمس ، سواء كان باذن الإمام أو لم يكن
لأنهم إنما أخذوا بقوة المسلمين ، وقد أخذوا قهرا وغلبة فكان غنيمة ؛ ولهذا يجب على
الإمام أن ينصرهم ، لأن في خذلهم وهنا للمسلمين فكان المأخوذ بقوة المسلمين فيخمس .
وإن لم يكن لهم منعة فإن كان باذن الإمام خمس ، لأن الإمام لما أذن لهم فقد ألزم
نصرتهم بامدادهم بالعسكر فكان المأخوذ بقوة المسلمين فيخمس ؛ وروى أنه لا يخمس
لأنهم لا يقدرّون على مغالبة الكفار فلا يكون غنيمة وإنما هو تلصص ، وإن كان بغير إذن
الإمام لا يخمس لأنه ليس بغنيمة لأنه لم يؤخذ بقوة المسلمين ، ولا يلزم الإمام نصرتهم لأنه
لم يأمرهم ولا وهن على الإسلام في ترك نصرتهم فلا يخمس كالذى يأخذه التاجر واللص ،
وإذا لم يكن غنيمة فما أخذه كل واحد فهو له خاصة لأنه مأخوذ على أصل الإباحة كالحشيش
والصيد لما مرّ في الشركة . قال (ويجوز التنفيل قبل إحراز الغنيمة وقبل أن تضع الحرب
أوزارها ، فيقول الإمام : من قتل قتيلا فلم سلبه ، أو من أصاب شيئا فله ربه) ونحو
ذلك (وبعد الإحراز ينفل من الخمس) .

اعلم أن النفل في اللغة اسم للغنيمة ، وفي الشريعة : اسم لما خصه الإمام لبعض الغزاة
تحريضا لهم على القتال لزيادة قوة وجرأة منهم ، ويجوز ذلك لما روى أنا عليه الصلاة
والسلام نفل يوم بدر فقال « من قتل قتيلا فله سلبه » وعن مالك أنه قال ذلك يوم خيبر ،

وَسَلَبُ الْمُقْتُولِ : سِلَاحُهُ وَثِيَابُهُ وَقَرَسُهُ وَآلَتُهُ وَمَا عَلَيْهِ وَمَعَهُ مِنْ قُمَاشٍ وَمَالٍ ، وَإِذَا لَمْ يُنْقَلْ بِالسَّلَبِ فَهُوَ مِنْ جُمْلَةِ الْغَنِيمَةِ .
وَإِذَا اسْتَوْلَى الْكُفَّارُ عَلَى أَمْوَالِنَا وَأَحْرَزُوهَا بِدَارِهِمْ مَلَكَوْهَا ، فَإِنْ ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ فَتَنَ وَجَدَ مِلْكَهُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ أَخَذَهُ بِغَيْرِ شَيْءٍ ، وَبَعْدَهَا بِالْقِيَمَةِ إِنْ شَاءَ ، وَإِنْ دَخَلَ تَاجِرٌ وَاشْتَرَاهُ فَقَالِكُهُ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِشِمْنِهِ ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ ، وَإِنْ وَهَبَ لَهُ أَخَذَهُ بِالْقِيَمَةِ .

ولما فيه من التحريض على القتال المندوب إليه بقوله تعالى - يا أيها النبي حرّض المؤمنين على القتال - ولأن الشجعان يرغبون في النفل فيخاطرون بأنفسهم ويقدمون على القتال ، ولهذا قلنا إنها تجوز قبل الإحراز لأنها حينئذ تفيد التحريض والحث على القتال ؛ أما إذا أحرزت فقد استقرّ حقّ الغانمين فيها فلا يجوز التنفيل لما فيه من إسقاط حقّ البعض ولأنه لا يفيد فائدة التحريض بل لإبعاد عن القتال لما فيه من إبطال حقّ الغانمين عن بعض الغنيمة . قال محمد : وما روى أنه عليه الصلاة والسلام نفل بعد الإحراز إنما كان من الخمس أو من الصنيّ فقلط قوم فظنوا أن النفل يجوز بعد إحراز الغنيمة ، وما قاله محمد صحيح لأنه لا يجوز تصرف الإمام بعد الإحراز إلا في الخمس لما بينا ، ويجوز من الخمس لأنه لاحق للغانمين فيه . قال (وسلب المقتول : سلاحه وثيابه وفرسه وآلته وما عليه ومعه من قماش ومال) أما ما كان مع غلامه أو على فرس آخر من أمواله فهو غنيمة للكلّ ، وإذا جعل الإمام السلب للقاتل انقطع حقّ الباقي عنه ، إلا أنه يثبت ملكه بالإحراز على ما بينا ، ولا يخمس السلب إلا أن يقول فله سلبه بعد الخمس فإنه يخمس ، وكذلك إن جعل لهم الربع أو النصف أو الثلث مطلقاً لم يخمس ، فإن قال لكم الربع بعد الخمس فإنه يخمس ، ولا ينبغي للإمام أن ينفل بجميع المأخوذ ، لأن الغنيمة حقّ العسكر ، فإذا نفل الجميع قطع حقّ الضعفاء عنها وأبطل السهام التي جعلها الله تعالى في الغنيمة ، قالوا هذا هو الأولى ، فإن فعله مع سرية جاز لجواز أن تكون المصلحة في ذلك ، وإذا لم ينفل بالسلب فهو من جملة الغنيمة لا يستحقه القاتل ، قال عليه الصلاة والسلام « ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه » .

فصل

(وإذا استولى الكفار على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها ، فإن ظهرنا عليهم فن وجد ملكه قبل القسمة أخذه بغير شيء وبعدها بالقيمة إن شاء ، وإن دخل تاجر واشتراه فإلكه إن شاء أخذه بشمنه ، وإن شاء ترك وإن وهب له أخذه بالقيمة) لما روى ابن عباس

وَلَا يَغْلِبُ بَعْضُ أَهْلِ الْحَرْبِ بَعْضًا وَأَخَذُوا أَمْوَالَهُمْ مَلَكَوْهَا ، وَلَا يَمْلِكُونَ عَلَيْهَا مَكَاتِبِينَ وَمُدَبِّرِينَ وَأُمَمَاتٍ أَوْلَادِنَا وَأَحْرَارَنَا ، وَإِنْ أَبَقَ إِلَيْهِمْ عَبْدٌ كَمْ يَمْلِكُوهُ (سم) ،

أن رجلا وجد بعيرا له في المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم « إن وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شيء ، وإن وجدته بعد ما قسم أخذته بالقيمة إن شئت » ولولم يملكوه لما أوجب القيمة . وعن تميم بن طرفة أن العدو غلب على ناقة أو بعير لرجل ، فاشتراه رجل من العدو ، فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم ، فقال : « خذه بالثمن إن شئت وإلا فهو لهم » وهذا يدل على صحة ملك أهل الحرب إذ لولا ذلك لم يلزمه الثمن . وعن عمر وابنه وزيد بن ثابت وأبي عبيدة بن الجراح رضى الله عنهم مثل مذهبتنا . وعن علي رضي الله عنه أنه قال : من اشترى ما أحرزه العدو فهو جائز ، ولأنه يجب على جميع المسلمين حق الرد عليه ، لأنه يجب عليهم استنقاذه من أيدي الكفار قلعا لهم عن العود إلى مثله وقبل القسمة قد حصل لهم بغير عوض والرد مستحق عليهم فلزمهم الدفع إليه . أما بعد القسمة فقد حصل له بعوض وهو نصيبه من الغنيمة الذي سلم لسائر الغانمين ولم يستحق عليه بذل المال في الرد ، فلذلك وجب أن يغرم له العوض الذي ليس بمستحق ، وكذلك المشتري منهم حصل له بعوض ليس بمستحق عليه فلذلك رجع بالثمن . وأما الموهوب له فلأنه ملكه بعقد فصار كالبيع ، وليس فيه عوض مسمى فيأخذه بالقيمة كما بعد القسمة ، فإن أسلموا عليها أو صاروا ذمة أو اشتراه حربى فأسلم أو دخل إلينا بأمان فهو لهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « من أسلم على مال فهو له » وإن أسلموا قبل الإحراز بدارهم ردوه على المالك الأول لعدم ثبوت ملكهم لبقاء العصمة . وأما النقود والمكيل والموزون إن وجدته قبل القسمة أخذه بغير شيء كما قلنا ، وبعد القسمة لاسبيل له عليها ، لأنه لو أخذها أخذها بمثلها ولا فائدة فيه . قال (وإن غلب بعض أهل الحرب بعضا وأخذوا أموالهم ملكوها) لاستيلائهم على مال مباح ، فإذا ظهرنا عليها فأخذناها ملكناها كسائر أموالهم . قال (ولا يملكون علينا مكاتيبنا ومدبرينا وأممات أولادنا وأحرارنا) لأن الأصل في الآدمي الحرية ، والحرية مقتضى قوله تعالى - ولقد كرّمنا بني آدم - إلا أن الشرع جعله محلا للتمليك جزاء عن استنكافه عن طاعة الله تعالى ، وذلك في حق الكافر دون المسلم ، لأن الملك في الرقاب بناء على الرق ولا رق علينا ، وفي المال بناء على المالية والكل فيه سواء . قال (وإن أبى إليهم عبد لم يملكوه) عند أي حنيفة . وقالوا : يملكونه كما إذا أخذوه من دارنا أو في الوقعة . وله أنه لما نخرج

وَإِذَا خَرَجَ عَبِيدُهُمْ إِلَيْنَا مُسْلِمِينَ فَهُمْ أَحْرَارٌ ، وَكَذَلِكَ إِنْ ظَهَرْنَا عَلَيْهِمْ وَقَدْ أَسْلَمُوا . وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْتَأْمَنُ عَبْدًا مُسْلِمًا وَأَدْخَلَهُ دَارَ الْحَرْبِ عَتَقَ عَلَيْهِ (سم) ؛ وَإِذَا دَخَلَ الْمُسْلِمُ دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ لَا يَتَعَرَّضُ لِشَيْءٍ مِنْ دِمَائِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ ، فَإِنْ أَخَذَ شَيْئًا وَأَخْرَجَهُ تَصَدَّقَ بِهِ .

من دارنا زالت يد المولى عنه وظهرت يده على نفسه ، لأن سقوط يده باعتبار يد المولى ليتمكن من الانتفاع به فصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك فلا يثبت لهم فيه ملك ، وبعد ذلك إن ظهرنا عليهم أخذه المالك القديم قبل القسمة وبعدها ، ويؤدى عوضه من بيت المال لتعذر إعادة القسمة بعد تفريق الغائمين ، ولا جعل على المالك لأن الغنم إنما عمل لنفسه لأنه يزعمه ملكه ، وكذلك إن كان مشترى أو موهوبا يأخذه بغير شيء لأنه لم يملكه فلم يصح تصرفه فيه . قال (وإذا خرج عبيدهم إلينا مسلمين فهم أحرار ، وكذلك إن ظهرنا عليهم وقد أسلموا) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى بعق عبيد خرجوا من الطائف وقد أسلموا وقال « هم عتقاء الله » ولأنه أحرز نفسه بالتحاقه بمنعة المسلمين ويده أسبق من يد المسلمين فكانت أولى . قال (وإذا اشترى المستأمن عبدا مسلما وأدخله دار الحرب عتق عليه) وقالوا : لا يعتق لأنه يجب عليه إزالته عن ملكه بأن يجبر على ذلك ولا جبر فبقى على حاله . ولأبي حنيفة أن خلاص المسلم عن رق الكافر واجب ما أمكن ، وقد تعذر جبره على ذلك ، فأقمنا تباين الدارين مقام الإعتاق . كما إذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب أقمنا مضي ثلاث حيض مقام التفريق . قال (وإذا دخل المسلم دار الحرب بأمان لا يتعرض لشيء من دماءهم وأموالهم) لأن فيه غدرا بهم وأنه منهي عنه (فان أخذ شيئا وأخرجه تصدق به) لأنه ملكه بأمر محظور وهو الغدر والخيانة وسبيله التصديق به لأنه ملك خبيث ، بخلاف الأسير لأنه غير مستأمن ، ولم يلتزم ترك التعرض لهم فيباح له التعرض وإن أطلقوه . ولو دخل مسلم دار الحرب فأدانه حربى أو أذان حربيا أو غضب أحدهما صاحبه ثم خرج المسلم أو استأمن الحربى لم يقض بينهما بشيء من ذلك . أما الغضب فلا أنه صار ملكا للذى أخذه لاستيلائه على مال مباح . وأما المدانة فلا أنه لا ولاية لنا عليهما وقت الإدانة والقضاء يعتمد الولاية ، ولا على المستأمن وقت القضاء لأنه ما التزم أحكامنا في الماضي ، وكذلك الحربيان إذا فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما بينا ، ولو خرجا مسلمين قضى بينهما بالديون دون الغضب لما مر ؛ أما الغضب لما مر ، وأما الدين فلو قوعه صحىحا عن تراض ، والولاية ثابتة لالتزامهما أحكامنا وقتئذ .

فصل

وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ يَقُولُ لَهُ الْإِمَامُ : إِنَّ أَقَمْتَ سَنَةً وَضَعْتَ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ ، فَإِنْ أَقَامَ صَارَ ذِمِّيًّا ، وَلَا يُمْكِنُ مِنَ الْعَوْدِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ الْإِمَامُ دُونَ السَّنَةِ فَأَقَامَ ، وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَاجٍ فَأَدَّى خَرَاجَهَا ، وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْحَرْبِيَّةُ بِذِمِّيٍّ صَارَتْ ذِمِّيَّةً ، وَلَوْ تَزَوَّجَ حَرْبِيٌّ بِذِمِّيَّةٍ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا . وَالْجِزْيَةُ ضَرْبَانِ : مَا يُوضَعُ بِالْتَّرَاضِيِّ فَلَا يَتَعَدَّى عَنْهَا .

فصل

(وَإِذَا دَخَلَ الْحَرْبِيُّ دَارَنَا بِأَمَانٍ يَقُولُ لَهُ الْإِمَامُ : إِنَّ أَقَمْتَ سَنَةً وَضَعْتَ عَلَيْكَ الْجِزْيَةَ) وَأَصْلُهُ أَنَّ الْحَرْبِيَّ لَا يُمْكِنُ مِنَ الْإِقَامَةِ فِي دَارِنَا دَائِمًا إِلَّا بِأَحَدٍ مَعْنَيْنِ : إِمَّا الْاسْتِرْقَاقَ ، أَوِ الذِّمَّةَ ، لِأَنَّهُ رُبَّمَا يَطْلُعُ عَلَى عَوْرَاتِ الْمُسْلِمِينَ فَيُدَلُّ عَلَيْهَا وَلَا يَمْنَعُ مِنَ الْمُدَّةِ الْيَسِيرَةِ ، نَقُولُهُ تَعَالَى - وَإِنْ أَحَدٌ مِنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجْرُهُ - إِلَى قَوْلِهِ - ثُمَّ أَبْلَغَهُ مَأْمَنَهُ - وَفِي مَنْعِهِمْ قَطْعَ الْجَلْبِ وَالْمِيرَةَ وَسَدَّ بَابَ التَّجَارَةِ ، وَرُبَّمَا مَنَعُوا تِجَارَتَنَا مِنَ الدَّخُولِ إِلَيْهِمْ وَفِيهِ مِنَ الْفَسَادِ مَا لَا يَنْجُو ، وَإِذَا كَانَ لَا يَجُوزُ الْمَقَامُ الْكَثِيرُ وَيَجُوزُ الْقَلِيلُ ، فَلَا بَدَّ مِنَ الْحَدِّ الْفَاصِلِ فَقَدَرْنَاهُ بِالسَّنَةِ لِأَنَّهَا مَدَّةٌ نَجِبُ فِيهَا الْجِزْيَةُ فَتَكُونُ الْإِقَامَةُ لِلْمَصْلَحَةِ الْجِزْيَةِ . قَالَ (فَإِنْ أَقَامَ) يَعْنِي سَنَةً (صَارَ ذِمِّيًّا) لِاتِّزَامِهِ الْجِزْيَةَ بِشَرْطِ الْإِمَامِ فَوَضَعَ عَلَيْهِ الْجِزْيَةَ (وَلَا يُمْكِنُ مِنَ الْعَوْدِ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ) لِأَنَّ عَقْدَ الذِّمَّةِ لَا يَنْتَقِضُ ، وَلِأَنَّهُ فِيهِ مُضَرَّةٌ لِلْمُسْلِمِينَ يَجْعَلُ وَلَدَهُ حَرْبِيًّا عَلَيْنَا وَبِانْقِطَاعِ الْجِزْيَةِ . قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ وَقَّتَ الْإِمَامُ دُونَ السَّنَةِ فَأَقَامَ) لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُلْتَزِمًا . قَالَ (وَكَذَلِكَ إِذَا اشْتَرَى أَرْضَ خَرَاجٍ فَأَدَّى خَرَاجَهَا) لِأَنَّ خَرَاجَ الْأَرْضِ كَخَرَاجِ الرَّأْسِ لِأَنَّهُ إِذَا آدَاهُ فَقَدْ تَزَمَّ الْمَقَامَ فِي دَارِنَا وَلَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا بِمَجْرَدِ الشِّرَاءِ لِاحْتِيَالِ الشِّرَاءِ لِلتَّجَارَةِ ؛ وَلَوْ أَجْرَهَا مِنْ مُسْلِمٍ وَأَخَذَ الْإِمَامُ الْخَرَاجَ مِنَ الْمُسْتَأْجِرِ وَرَأَى ذَلِكَ عَلَى الزَّارِعِ لَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا ، لِأَنَّ الْإِمَامَ لَمْ يَوْجِبْ عَلَيْهِ الْخَرَاجَ فَلَمْ يَصِرْ ذِمِّيًّا بِمِلْكِ الْأَرْضِ ، وَيَصِيرُ ذِمِّيًّا حِينَ وَجِبَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ ، فَتَوَخَّذَ مِنْهُ الْجِزْيَةُ بَعْدَ سَنَةٍ مِنْ يَوْمٍ وَجِبَ عَلَيْهِ الْخَرَاجُ لِأَنَّهُ حِينَئِذٍ صَارَ ذِمِّيًّا قَالَ : (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْحَرْبِيَّةُ بِذِمِّيٍّ صَارَتْ ذِمِّيَّةً . وَلَوْ تَزَوَّجَ حَرْبِيٌّ بِذِمِّيَّةٍ لَا يَصِيرُ ذِمِّيًّا لِأَنَّهَا تَزَمَّتْ الْمَقَامَ مَعَهُ وَلَمْ يَلْتَزِمْ هُوَ لِأَنَّهُ يُطْلَقُهَا وَيَعُودُ . قَالَ (وَالْجِزْيَةُ ضَرْبَانِ : مَا يُوضَعُ بِالْتَّرَاضِيِّ فَلَا يَتَعَدَّى عَنْهَا) لِأَنَّهَا وَجِبَتْ بِالرَّضَى ، فَلَا يَجِبُ غَيْرَ مَا رَضَى بِهِ ، وَلِأَنَّهُ فِيهِ تَرْكُ الْوَفَاءِ بِالْعَقْدِ ، وَقَدْ صَالَحَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَصَارَى نَجْرَانَ

وَجَزِيَّةٌ يَتَضَعُهَا الْإِمَامُ إِذَا غَلَبَ الْكُفَّارَ وَأَقْرَهُمْ عَلَى مِلْكِهِمْ ، فَيَضَعُ عَلَى الظَّاهِرِ الْغَنَى فِي كُلِّ سَنَةٍ ثَمَانِيَّةً وَأَرْبَعِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الْمُتَوَسِّطِ أَرْبَعَةَ وَعِشْرِينَ دِرْهَمًا ، وَعَلَى الْفَقِيرِ اثْنَيْ عَشَرَ دِرْهَمًا ، وَتَجِبُ فِي أَوَّلِ الْحَوْلِ وَتُؤْخَذُ فِي كُلِّ شَهْرِ بَقِيسَطِهِ ، وَتُوضَعُ عَلَى أَهْلِ الْكِتَابِ وَالْمَجُوسِ وَعَبْدَةِ الْأَوْتَانِ مِنَ الْعَجَمِ ، وَلَا يَجُوزُ مِنَ الْعَرَبِ وَالْمُرْتَدِّينَ ،

على ألف ومائتي حلة وكانت جزية بالصلح (وجزية يضعها الإمام إذا غلب الكفار وأقرهم على ملكهم ، فيضع على الظاهر الغنى في كل سنة ثمانية وأربعين درهما ، وعلى المتوسط أربعة وعشرين درهما ، وعلى الفقير اثني عشر درهما ، وتجب في أول الحول ، وتؤخذ في كل شهر بقسطه) هكذا روى عن عمر وعثمان وعلى رضي الله عنهم من غير تكبر من غيرهم فكان إجماعا ، وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ « خذ من كل حالم وحاملة دينارا أو عدله معافر » فهو محمول على الصلح ، ألا ترى أنه قال وحاملة ، ولا جزية على النساء إلا في المصالحة كما صالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على ما قررناه في الزكاة .

واختلفوا في حد الغنى والمتوسط والفقير ، واختار أن ينظر في كل بلد إلى حال أهله وما يعتبرونه في ذلك ، فإن عادة البلاد في ذلك مختلفة ، وإنما قلنا إنها تجب في أول الحول لأنها وجبت لإسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ، ولأن المعروض قد سلم لهم فوجب أن يستحقّ العرض عليهم كالثمن وقسطناها على الأشهر تخفيفا وليمكنه الأداء . قال (وتوضع على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الأوثان من العجم) أما أهل الكتاب فلقوله تعالى - قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله - إلى أن قال - من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد - . وأما المجوس فلما روى أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال : ما أصنع بهم ؟ فقال عبد الرحمن بن عوف : سمعت رسول الله عليه الصلاة والسلام يقول « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائهم » فوضع عليهم الجزية . وأما عبدة الأوثان من العجم فلأنه يجوز استرقاقهم فيجوز أخذ الجزية من رجالهم كالكتابي والمجوسى ، أو لأنه لما جاز إبقاؤهم على الكفر بأحد الشيتين وهو الرقّ جاز بالآخر وهو الجزية (ولا يجوز) أخذها من عبدة الأوثان (من العرب و) لامن (المرتدين) لأنه لا يجوز إبقاؤهم على الكفر بالرقّ فكذا بالجزية ، لأن كفرهم أقبح وأغلظ . أما العرب فأنهم بالغوا في آذاه صلى الله عليه وسلم بالكذب وإخراجه من وطنه ، فتغلظت عقوبتهم فلا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف . وقال عليه الصلاة والسلام يوم حنين « لو كان يجرى على عرب رقّ لكان اليوم ، وإنما الإسلام أو السيف » . وأما المرتدّ فلأنه كفر

وَلَا جِزْيَةَ عَلَى صَبِيٍّ ، وَلَا امْرَأَةٍ ، وَلَا مَجْنُونٍ ، وَلَا عَبْدٍ ، وَلَا مَكْتَابٍ ،
وَلَا زَمَنٍ ، وَلَا أَعْمَى ، وَلَا مَقْعَدٍ ، وَلَا شَيْخٍ كَبِيرٍ ، وَلَا الرَّهَابِينَ الْمُتَعَزِّلِينَ ،
وَلَا فَقِيرٍ غَيْرَ مُعْتَمِلٍ ، وَتَسْقُطُ بِالْمَوْتِ وَالْإِسْلَامِ ،

بعد إسلامه وإطلاعه على محاسن الإسلام . وقال عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » ويسترق نساء العرب ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم استرقهم كما استرق أهل الكتاب ، ولا يجبرون على الإسلام . وأما المرتدة فتجبر على ما يأتي إن شاء الله تعالى . قال (ولا جزية على صبي ، ولا امرأة ، ولا مجنون ، ولا عبد ، ولا مكاتب ، ولا زمن ، ولا أعمى ، ولا مقعد ، ولا شيخ كبير) وأصله أن الجزية شرعت جزاء عن الكفر وحملها له على الإسلام فتجربى مجرى القتل ، فمن لا يعاقب بالقتل لا يؤاخذ بالجزية ، فإذا حصل الزاجر في حق المقاتلة وهم الأصل انزجر التبع ، أو نقول : وجبت لإسقاط القتل ، فمن لا يجب قتله لا توضع عليه الجزية ، وهؤلاء لا يجوز قتلهم فلا جزية عليهم ، ولأن عمر رضي الله عنه لم يضع على النساء جزية . وعن أبي يوسف أنها تجب على الزمن والأعمى والشيخ الكبير إذا كان لهم مال ، لأنها وجبت على الفقير المعتمل ، ووجود المال أكثر من العمل ، ولأنه يجوز قتل من كان له رأى في الحرب وكان له مال يعين به فتجب عليه الجزية كذلك قال (ولا) على (الرهايين المنعزلين ، ولا فقير غير معتمل) والمراد الرهايين الذين لا يقدرّون على العمل والسياحين ونحوهم . أما إذا كانوا يقدرّون على العمل فيجب عليهم وإن اعتزلوا وتركوا العمل لأنهم يقدرّون على العمل فصاروا كالمعتملين إذا تركوا العمل فتؤخذ منهم الجزية كعتيل أرض الخراج . وأما الفقير الغير المعتمل ، فلأن عمر رضي الله عنه شرط كونه معتملا وأنه دليل عدم وجوبها على غير المعتمل ، ولأنه غير مطبق للأداء فيعتبر بالأرض التي لاتصلح للزراعة اعتبارا لخراج الرأس بخراج الأرض ؛ ولا جزية على الفقير التغلبي لما سبق في الزكاة من صلحهم أنه يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين ، ولا شيء على الفقير المسلم ؛ ولو مرض الذي جميع السنة لاجزية عليه ، لأنها تجب على الصحيح المعتمل لما بينا ؛ ولو مرض أكثر السنة سقطت أيضا لإقامة للأكثر مقام الكل ، وكذلك لو مرض نصف السنة لأنها عقوبة فيترجح المسقط ؛ ولو أدرك الصبي وأفاق المجنون وعق العبد وبرئ المريض قبل وضع الإمام الجزية وضع عليهم ، وبعد وضع الجزية لا يوضع عليهم ، لأن المعبر أهلبيتهم دون الوضع ، لأن الإمام يخرج في تعرف حالهم في كل وقت ولم يكونوا أهلا وقت الوضع ، بخلاف الفقير إذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليهم ، لأن الفقير أهل للجزية ، وإنما سقطت عنه للعجز وقد زال . قال (وتسقط بالموت والإسلام) لأنها شرعت للزجر عن الكفر وحملها على الإسلام ،

وإذا اجتمعت حولان تداخلت (سم) . وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار ، ويقول له : أعط الجزية يا عدو الله ، ولا ينتقض عهدهم إلا باللاحاق بدار الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربونا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم . ولا نجبرهم على الإسلام ؛ ويؤخذ أهل الجزية بما يميزون به عن المسلمين في ملابسهم ومراكبهم .

ولا حاجة إلى ذلك بعد الموت والإسلام لما بينا أنها بدل عن القتل ، وقد سقط القتل عنها ولأنها وجبت على وجه الصغار ، وقد تعدر ذلك بالموت والإسلام . قال (وإذا اجتمعت حولان تداخلت) فلا تجب إلا واحدة ، وقالوا : تؤخذ لجميع ما مضى ، لأن مضي المدة لا تأثير له في إسقاط الواجب كالديون . ولأن حنيفة أنها عقوبة على الكفر ، والأصل في العقوبات التداخل كالحلود ، أو لأنها للزجر ، والزجر عن الماضي محال (وينبغي أن تؤخذ الجزية على وصف الذل والصغار) كما قال تعالى - حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون - فيكون الآخذ قاعدا والذي بين يديه ويؤخذ بتلبيه وبهزة هذا (ويقول له : أعط الجزية يا عدو الله) ولا تجرى فيها النيابة لأنها عقوبة ، وعندهما تجوز النيابة لأنها للزجر بتنقيص المال ، وتنقيص المال يحصل به وبناثه ، ويجوز تعجيل الجزية لسنتين وأكثر كالخراج ؛ فلو عجل لسنتين ثم أسلم ردّ خراج سنة واحدة لأنه أدّاه ببل الوجوب ، ولا يردّ خراج السنة الأولى إذا مات أو أسلم بعد دخولها لأنه أدّاه بعد الوجوب . قال (ولا ينتقض عهدهم إلا باللاحاق بدار الحرب ، أو إن تغلبوا على موضع فيحاربونا فتصير أحكامهم كالمرتدين ، إلا أنه إذا ظفرنا بهم نسترقهم ولا نجبرهم على الإسلام) لأنهم إذا صاروا حربا علينا فلا فائدة في عقد الذمة فيصيرون كالمرتدين وما لهم كالمسلم إلا أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة ، لأن المقصود أن يصيروا من أهل دارنا سلما لنا وأنه يحصل بالاسترقاق ؛ والمقصود من المرتدة العود إلى الإسلام ولا تحصل إلا بالجبر ، فإن عادوا إلى الذمة أخذوا بحقوق العباد التي كانت عليهم قبل النقص كما في الردّة ، ولا يؤخذون بما أصابوا في المحاربة . قال (ويؤخذ أهل الجزية بما يميزون به عن المسلمين في ملابسهم ومراكبهم) قال أبو حنيفة : ينبغي أن لا يترك أحد من أهل الذمة يشبه بالمسلمين في لباسه ومركبه ولا في هيئته . والأصل في ذلك أن عمر رضى الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد يأمرهم أن يأمرؤا أهل الذمة أن يختموا رقابهم بالرصاص وأن يظهروا مناطقهم وأن يخلقوا نواصيهم ولا يتشبهوا بالمسلمين في أثوابهم . وروى أنه صالح أهل الذمة على أن يشدوا في أوساطهم الزنار ، وكان بحضرة من الصحابة من غير نكير ، ولأن المسلم

وَلَا يَرْكَبُونَ الْخَيْلَ إِلَّا لِمُضَرَّةٍ وَلَا يَحْمِلُونَ السَّلَاحَ ، وَلَا تُنَحَّدُ كَنَيْسَةٌ
وَلَا صَوْمَعَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَإِذَا انْهَدَمَتِ الْقَدِيمَةُ أَعَادُوهَا ،

يجب تعظيمه ومولاته وبدائته بالسلام والتوسعة عليه في الطريق والمجالس ، والكافر يعامل بضد ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « لا تبدءوهم بالسلام وألجئوهم إلى أضيق الطرق » فإذا لم يتميزوا عن المسلمين فيما ذكرنا ربما عظمنا الكافر وواليناه وبدأناه بالسلام ظنا منا أنه مسلم وذلك لا يجوز ، فوجب تمييزهم بما ذكرنا احترازا عن ذلك ، ولأن السماء يستدل بها على حال الإنسان ، قال تعالى - تعرفهم بسيماهم - وقالت الفقهاء : من رأينا عليه زى الفقر جاز لنا دفع الزكاة إليه ، ويؤخذ كل واحد أن يجعل في وسطه كستيجا مثل الخيط الغليظ من الشعر أو الصوف ويكون غليظا ليظهر للرائي ، ولا يلبسوا العمامم ويلبسوا قميصا خشنا جيوبهم على صدورهم ، وأن يلبسوا القلائس الطوال المضربة ، وأن يركبوا السروج التي على قربوسه مثل الرمانة . وفي الجامع الصغير كهيئة الأكف ، وأن يجعلوا شرك نعالهم مثلنا ولا يحنوها مثل المسلمين ، ولا يلبسوا طيالة ولا أردية مثل المسلمين (ولا يركبون الخيل إلا لمضرة) فإن دعت يركبون على ما وصفنا ، وينزلون في مجامع المسلمين (ولا يحملون السلاح) لأنهم أعداء المسلمين ، ويمنعون من لباس يختص به أهل الشرف والعلم والدين ، ويجب أن تميز نساؤهم من نساء المسلمين حال المشي في الطرق والحمامات ، فيجعل في أعناقهن طوق الحديد ، ويحائف إزارهن إزار المسلمات ، ويكون على دورهم علامات تميز بها عن دور المسلمين لئلا يقف عليهم السائل فيدعو لهم بالمغفرة . فالحاصل أنه يجب تمييزهم بما يشعر بلهم وصغارهم وقهرهم بما يتعارفه كل بلدة وزمان . قال (ولا تنحدر كنيسة ولا صومعة ولا بيعة في دار الإسلام) قال عليه الصلاة والسلام « لا خصاء في الإسلام ولا كنيسة » والمراد إحداث الكنيسة في دار الإسلام . وقوله « لا خصاء » هو الاعتزال عن النساء كما يفعله الرهبان فكأنه خصاء معنى (وإذا انهدمت القديمة أعادوها) لأنهم أقرؤا عليها ، والبناء لا يتأبد ، ولا بد من خرابه ، فلما أقرهم عليها فقد ألزمهم بإعادتها ، وليس لهم أن يحولوها لأنه إحداث لإعادة ، ثم قيل إنما يمنعون في الأمصار ، أما القرى التي لا تقام فيها الجمع والحدود لا يمنعون من ذلك ولا من بيع الخمر والخنزير فيها ، وهذا في القرى التي أكثرها ذمة ، أما قرى المسلمين فلا يجوز ذلك ، وأما أرض العرب فيمنعون من ذلك في المصر والقرى . قال محمد : لا ينبغي أن يترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ، ولا يباع فيها خمر وخنزير مصرا كانت أو قرية ، ويمنع المشركون أن يتخلوا أرض العرب مسكنا أو وطنا ، لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يجتمع دينان في أرض العرب » ويمنعون من إظهار الفواحش والربا والمزامير والطنابير

وَيُؤْخَذُ مِنْ نَصَارَى بَنِي تَغْلِبٍ ضِعْفُ زَكَاةِ الْمُسْلِمِينَ ، وَيُؤْخَذُ مِنْ نِسَائِهِمْ وَيُضَعَّفُ عَلَيْهِمُ الْعَشْرُ ، وَمَوْلَاهُمْ فِي الْجَزِيَّةِ وَالْخَرَاجِ كَمَوْلَى الْقُرْشِيِّ ، وَتُصَرَفُ الْجَزِيَّةُ وَالْخَرَاجُ وَمَا يُؤْخَذُ مِنْ بَنِي تَغْلِبٍ وَمِنْ الْأَرَاضِي الَّتِي أُجْلِيَ أَهْلُهَا عَنْهَا ، وَمَا أُهْدَاهُ أَهْلُ الْحَرْبِ إِلَى الْإِمَامِ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ ، مِثْلَ أَرْزَاقِ الْمُقَاتِلَةِ وَذَرَائِهِمْ ، وَسَدِّ الثُّغُورِ ، وَبِنَاءِ الْقَنَاظِيرِ وَالْجُسُورِ ، وَإِعْطَاءِ الْقَضَاةِ وَالْمُدْرَسِينَ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمُفْتِينَ وَالْعُمَّالِ قَدَرٌ كِفَايَتِهِمْ .

والغناء وكلّ هو محرّم في دينهم ، لأن هذه الأشياء كباثر في جميع الأديان لم يقرّوا عليها بالأمان ، وإن حضر لهم عيد لا يخرجون فيه صلبانهم ، وايصنعوا ذلك في كنائسهم ولا يخرجوه من الكنائس حتى يظهر في المصر لأنه معصية وفي إظهاره إعزاز للكفر ، وأما الكنائس فلا يمنعون منه كما لا يمنعون من إظهار الكفر فيها ، وعلى هذا ضرب الناقوس يفعلونه في الكنائس لما قلنا ، ولا يمكنون من إظهار بيع الخمر والخنزير في أمصار المسلمين لأنه معصية فيمنع منه كسائر المعاصي ، وكذلك في قرى المسلمين لما بينا . قال (ويؤخذ من نصارى بني تغلب ضعف زكاة المسلمين ، ويؤخذ من نسائهم ، ويضعف عليهم العشر) لأن عمر رضي الله عنه صالحهم على أن يأخذ منهم ضعف زكاة المسلمين على ما قرّره في الزكاة ، فلهذا يؤخذ من نسائهم دون صبيانهم ، لأن الزكاة تجب على نساء المسلمين دون صبيانهم . قال (ومولاهم في الجزية والخراج كمولى القرشي) لأن الصلح وقع مع التغلبي تخفيفاً فلا يلحق به المولى ، ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم إذا كان نصانياً . قال (وتصرف الجزية والخراج وما يؤخذ من بني تغلب ومن الأراضي التي أُجْلِيَ أَهْلُهَا عَنْهَا وما أُهْدَاهُ أَهْلُ الْحَرْبِ إِلَى الْإِمَامِ فِي مَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ) لأنه مال وصل إلى المسلمين بغير قتال فيكون لبيت مالهم معداً لمصالحهم ، وذلك (مثل أَرْزَاقِ الْمُقَاتِلَةِ وَذَرَائِهِمْ ، وَسَدِّ الثُّغُورِ ، وَبِنَاءِ الْقَنَاظِيرِ وَالْجُسُورِ ، وَإِعْطَاءِ الْقَضَاةِ وَالْمُدْرَسِينَ وَالْعُلَمَاءِ وَالْمُفْتِينَ وَالْعُمَّالِ قَدَرٌ كِفَايَتِهِمْ) أما سدّ الثُّغُورِ وَبِنَاءِ الْقَنَاظِيرِ وَالْجُسُورِ فَصَلْحَةٌ عَامَةٌ ، وَأَمَّا أَرْزَاقُ مَنْ ذَكَرْنَا فَلَهُمْ يَعْمَلُونَ لِلْمُسْلِمِينَ فَيَجِبُ كِفَايَتُهُمْ عَلَيْهِمْ ، وَالْمُقَاتِلَةُ يَقَاتِلُونَ لِنَصْرَةِ الْإِسْلَامِ وَالْمُسْلِمِينَ وَإِعْزَازِ كَلِمَةِ الدِّينِ وَلِتَكُونَ كَلِمَةُ اللَّهِ هِيَ الْعَلِيَا ، فَيَجِبُ عَلَى الْإِمَامِ وَالْمُسْلِمِينَ كِفَايَتُهُمْ وَكِفَايَةُ ذُرِّيَّتِهِمْ ، إِذْ لَوْ لَمْ يَكْفُوا لَاشْتَغَلُوا بِالْاِكْتِسَابِ لِلْكَفَايَةِ فَلَا يَتَخَلَّوْنَ لِلْقِتَالِ . وَأَمَّا الْقَضَاةُ وَالْبَاقُونَ فَقَدْ حَبِسُوا أَنْفُسَهُمْ لِمَصَالِحِ الْمُسْلِمِينَ لِفَصْلِ خُصُومَاتِهِمْ وَبَيَانِ حَاكِمَاتِهِمْ وَتَعْلِيمِهِمْ أَحْكَامَ شَرِيعَتِهِمْ وَمَا يَأْتُونَهُ وَيَذَرُونَهُ فِي أَقْوَالِهِمْ وَأَفْعَالِهِمْ ، وَمَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنْ مَصَالِحِ دِينِهِمْ وَدُنْيَاهُمْ ، وَذَلِكَ مِنْ أَهَمِّ مَصَالِحِهِمْ وَأَعْمَرِهَا ، فَكَانَتْ كِفَايَتُهُمْ عَلَيْهِمْ لِقِيَامِ مَصَالِحِهِمْ أَصْلَهُ الْقَاضِي وَالزَّوْجَةُ عَلَى مَا عَرَفَ .

فصل

أَرْضُ الْعَرَبِ أَرْضُ عَشْرِ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْبَيْتِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ . وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَاجٍ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى عَقِبَةِ حُلْوَانَ ، وَمِنْ الْعَلْتِ أَوْ الثَّعْلِيَّةِ إِلَى عَبَادَانَ . وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا : وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنْوَةً وَقُسِّمَتْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ وَمَا فَتِيحَ عَنْوَةً وَأَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ صَالَحَهُمْ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ سِوَى مَكَّةَ شَرَّفَهَا اللَّهُ تَعَالَى .
وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا يُعْتَبَرُ بِحَيِّزِهَا (م) ،

فصل

(أَرْضُ الْعَرَبِ أَرْضُ عَشْرِ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى أَقْصَى حَجَرٍ بِالْبَيْتِ بِمَهْرَةٍ إِلَى حَدِّ الشَّامِ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَالْخُلَفَاءُ الرَّاشِدِينَ لَمْ يَضَعُوا الْخَرَاجَ عَلَى أَرْضِ الْعَرَبِ وَلِأَنَّ مِنْ شَرْطِ الْخَرَاجِ أَنْ يَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَى الْكُفْرِ ، وَمَشْرُكُو الْعَرَبِ لَا يَقْرَأُونَ عَلَى الْكُفْرِ عَلَى مَا قَدِمْنَا . قَالَ (وَالسَّوَادُ أَرْضُ خَرَاجٍ ، وَهِيَ مَا بَيْنَ الْعَذِيبِ إِلَى عَقِبَةِ حُلْوَانَ ، وَمِنْ الْعَلْتِ أَوْ الثَّعْلِيَّةِ إِلَى عَادَانَ) لِأَنَّهُ يَجُوزُ إِقْرَارُهُمْ عَلَى الْكُفْرِ فَقَدْ وَجَدَ شَرْطُ الْخَرَاجِ ، وَلِأَنَّ عَمْرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَتَحَ سِوَادَ الْعِرَاقِ وَوَضَعَ عَلَيْهِ الْخَرَاجَ بِمَحْضَرٍ مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَأَجْمَعَتِ الصَّحَابَةُ عَلَى وَضْعِ الْخَرَاجِ عَلَى الشَّامِ ، وَكَذَلِكَ وَضَعَ عَمْرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عَلَى مِصْرَ الْخَرَاجِ حِينَ فَتَحَهَا عَمْرُو بْنُ الْعَاصِ . قَالَ (وَأَرْضُ السَّوَادِ مَمْلُوكَةٌ لِأَهْلِهَا يَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا) لِمَا بَيَّنَّا أَنَّ الْإِمَامَ إِذَا فَتَحَ بِلَدَةً قَهْرًا لَمْ يَقْرَأْ أَهْلُهَا عَلَيْهَا وَيَضَعُ عَلَيْهِمُ الْخَرَاجَ ، فَإِذَا أَقْرَأَهُمْ عَلَيْهَا بَقِيَتْ مَمْلُوكَةٌ لَهُمْ فَيَجُوزُ تَصَرُّفُهُمْ فِيهَا بَيْعًا وَشِرَاءً وَإِجَارَةً وَغَيْرَ ذَلِكَ كَسَائِرِ الْمَلَائِكَةِ وَالْأَمْلَاقِ . قَالَ (وَكُلُّ أَرْضٍ أَسْلَمَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ فَتَحَتْ عَنْوَةً وَقُسِّمَتْ بَيْنَ الْغَانِمِينَ فَهِيَ عَشْرِيَّةٌ) لِأَنَّ وَضْعَ الْعَشْرِ عَلَى الْمُسْلِمِ ابْتِدَاءً أَلِيقَ بِهِ مِنْ الْخَرَاجِ لِمَا فِيهِ مِنْ مَعْنَى الْعِبَادَةِ عَلَى مَا بَيَّنَّاهُ فِي الزَّكَاةِ ، وَلِأَنَّهُ أَخَفُّ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِالْخَرَاجِ ، فَإِنْ أَخْرَجْتَ الْأَرْضَ شَيْئًا وَجَبَ عَشْرُهُ وَإِلَّا فَلَا (وَمَا فَتَحَ عَنْوَةً وَأَقْرَأَ أَهْلُهَا عَلَيْهَا أَوْ صَالَحَهُمْ فَهِيَ خَرَاجِيَّةٌ سِوَى مَكَّةَ شَرَّفَهَا اللَّهُ تَعَالَى) لِأَنَّ وَظِيفَةَ الْأَرْضِ فِي الْأَصْلِ الْخَرَاجُ ، وَإِنَّمَا صَرْنَا إِلَى الْعَشْرِ فِي جِقِّ الْمُسْلِمِ تَخْفِيفًا عَلَيْهِ وَتَكْرِمَةً لَهُ وَفِيمَا عَدَا ذَلِكَ تَبَقَّى خَرَاجِيَّةٌ ، وَلِأَنَّ وَضْعَ الْخَرَاجِ عَلَى الْكَافِرِ ابْتِدَاءً أَلِيقَ بِهِ ، وَأَمَّا مَكَّةُ فَالنَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ خَصَّهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهُ حَيْثُ افْتَتَحَهَا عَنْوَةً تَرَكَهَا وَلَمْ يَضَعْ عَلَيْهَا الْخَرَاجَ . قَالَ (وَمَنْ أَحْيَا مَوَاتًا يُعْتَبَرُ بِحَيِّزِهَا) فَإِنْ كَانَتْ تَقْرِبُ

وَلَا يَجْتَمِعُ عَشْرٌ وَخَرَاجٌ فِي أَرْضٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا يَتَكَرَّرُ الْخَرَاجُ بِتَكَرُّرِ الْخَارِجِ ، وَالْعَشْرُ يَتَكَرَّرُ ؛ وَإِذَا غَلَبَ الْمَاءُ عَلَى أَرْضِ الْخَرَاجِ أَوْ انْقَطَعَ عَنْهَا أَوْ أَصَابَ الزَّرْعَ آفَةً فَلَا خَرَاجَ ، وَإِنْ عَطَّلَهَا مَالِكُهَا فَعَلَيْهِ خَرَاجُهَا .

من أرض العشر فعشرية ، وإن كانت تقرب من أرض الخراج فخراجية ، وهذا عند أبي يوسف ، لأن ما يقرب من الشيء يعطى حكمه : كفناء الدار وحريم البئر والشجرة ونحو ذلك ، والقياس في البصرة الخراج لأنها من حيز أرضه ، إلا أن الصحابة رضى الله عنهم وظفوا عليها العشر فترك القياس لذلك . وقال محمد : إن أحيائها بماء العشر فعشرية ، وإن أحيائها بماء الخراج فخراجية ، لأن الخراج لا يوظف على المسلم إلا بالتزامه ، فإذا ساق إليها ماء الخراج فقد التزم الخراج ، وإلا فلا ؛ وكل أرض خراج انقطع عنها ماء الخراج فسقيت بماء العشر فهي عشرية ، وكل أرض عشرية انقطع عنها ماء العشر فسقيت بماء الخراج فخراجية اعتبارا بالماء إذ هو سبب النماء . قال (ولا يجتمع عشر وخراج في أرض واحدة) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم » ولم ينقل عن أحد من أئمة العدل والجور ذلك فكفى بهم حجة ، ولأن العشر يجب في أرض فتحت قهرا ، والخراج في أرض أقر أهلها عليها وإنهما متنافيان . قال (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخراج والعشر يتكرر) لأن عمر رضى الله عنه لم يوظف الخراج مكررا ، ولأن الخراج للأرض كالأجرة ، فإذا أدّاها فله أن ينتفع بها ما يشاء ويزرعها مرارا . أما العشر فعنائه أن يأخذ عشر الخراج ولا يتحقق ذلك إلا بوجوبه في كل خارج . قال (وإذا غلب الماء على أرض الخراج أو انقطع عنها أو أصاب الزرع آفة فلا خراج) وكذلك إن منعه لإنسان من الزراعة ، لأن المعتبر في الخراج النماء التقديرى وهو التمكن من الزراعة كما في الأرض المستأجرة ، وفي العشر حقيقة الخراج ، وفيها إذا أصاب الزرع آفة فات النماء التقديرى في بعض السنة ، وكونه ناميا في جميع السنة شرط كما في الزكاة ، وإن أخرجت الأرض مثل الخراج فصاعدا يؤخذ منه جميع الخراج ، وإن أخرجت قدر الخراج يؤخذ نصفه تحريزا عن الإجحاف بأحد الجانبين . قال (وإن عطّلها مالكها فعليه خراجها) لأن الخراج متعلق بالتمكن من الزراعة لا بحقيقة الخراج والتمكن ثابت وهو الذى فوّته ، ولو انتقل إلى أخسّ الأمرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى . قالوا : ولا يفتى بهذا كيلا تتجرى الظلمة على أموال الناس .

واعلم أن الخراج كان وظيفة مشروعة في الجاهلية كغاية للمقاتلة وكانت رسم كسرى ، فصارت شريعة لنا بإجماع الصحابة رضى الله عنهم ، وهو ما روى أن عمر رضى الله عنه لما فتح سواد العراق تركها على أربابها وبعث عثمان بن حنيف ليمسح الأراضي وجعل عليها

وَالْخَرَاجُ : مَقَاسِمَةٌ فَيَتَعَلَّقُ بِالْخَارِجِ كَالْعُشْرِ . وَوَظِيفَةٌ وَلَا يُزَادُ عَلَى مَا وَظَفَهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، وَهُوَ عَلَى كُلِّ جَرِيبٍ يَبْلُغُهُ الْمَاءُ صَاعٌ وَدِرْهَمٌ ، وَجَرِيبُ الرُّطْبَةِ خَمْسَةُ دَرَاهِمٍ ، وَالكَرْمِ وَالنَّخْلِ الْمُتَّصِلِ عَشْرَةُ دَرَاهِمٍ ، وَمَا لَمْ يُوْظَفْهُ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يُوْضَعُ عَلَيْهِ بِحَسَبِ الطَّاقَةِ ، وَنِهَايَةُ الطَّاقَةِ نِصْفُ الْخَارِجِ فَلَا يُزَادُ عَلَيْهِ ، وَيُنْقَصُ مِنْهُ عِنْدَ الْعَجْزِ ،

حذيفة بن اليمان مشرفا فسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب فوظف على كل جريب أرض بيضاء تصلح للزراعة درهما وقفيزا مما يزرع ، وعلى كل جريب رطبة خمسة دراهم وعلى كل جريب كرم عشرة دراهم وذلك بمحض من الصحابة من غير نكير فكان إجماعا . قال (والخراج) نوعان (مقاسمة فيتعلق بالخارج كالعشر) وهو أن يمن الإمام على أهل بلدة فتحها فتجعل على أراضيهم مقدار ربع الخارج أو ثلثه أو نصفه ، ولا يزيد على النصف لأن التقدير ورد بالنصف وهو ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام أعطى خبير لأهلها معاملة بالنصف ، وحكمه حكم العشر إلا أنه يوضع موضع الخراج لأنه خراج حقيقة (و) خراج (وظيفة ولا يزداد على ما وظفه عمر رضى الله عنه ، وهو على كل جريب يبلغه الماء صاع ودرهم ، وجريب الرطبة خمسة دراهم ، والكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) على ما روينا ، ولأن المؤن متفاوتة ، والوظيفة متفاوتة . بتفاوت المؤنة ، ألا ترى أن الواجب فيما سقته السماء العشر ، وما سقى بالدولاب نصف العشر ، والكرم خفيف المؤن ، والمزارع أكثر ، والرطبة بينهما ، فوظف على كل نوع بقدره كما تقدم (وما لم يوظفه عمر رضى الله عنه يوضع عليه بحسب الطاقة) كالزعفران وغيره (ونهاية الطاقة نصف الخارج فلا يزداد عليه ، وينقص منه عند العجز) قال عمر رضى الله عنه : لعلكما حملتما الأرض مالا تطيق ؛ قالوا : لا ولو زدنا لأطأقت ، وأنه دليل جواز النقصان ، ولا تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضى الله عنه في سواد العراق لأنه خلاف إجماع الصحابة ، وما وظفه إمام آخر في أرض كتوظيف عمر رضى الله عنه باجتهاد فلا ينقص باجتهاد مثله ؛ ولو وظف على أرض ابتداء تجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضى الله عنه بقدر الطاقة عند محمد ، لأنه إنشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم ، ولا يجوز عند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة ، لأن الخراج مقدر شرعا ، واتباع إجماع الصحابة واجب لأن المقادير لا تعرف إلا توقيفا ، والتقدير يمنع الزيادة لأن النقصان يمنع ، فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة ، والجريب الذى فيه أشجار مثمرة ملتفة لا يمكن زراعته . قال محمد : يوضع عليه بقدر ما يطيق لأنه لم يرد عن عمر في البستان تقدير فكان مفوضا إلى الإمام ، وقال أبو يوسف لا يزداد على الكرم لأن البستان بمعنى الكرم فالوارد

وَإِذَا اشْتَرَى الْمُسْلِمُ أَرْضَ خَرَاجٍ أَوْ أَسْلَمَ الدَّمِيَّ أَخَذَ مِنْهُ الْخَرَاجُ .

فصل

وَإِذَا ارْتَدَّ الْمُسْلِمُ ، وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ، يُجْبَسُ وَيُعْرَضُ عَلَيْهِ الْإِسْلَامُ
وَتُكْشَفُ شُبُهَتُهُ ، فَإِنْ أَسْلَمَ وَإِلَّا قُتِلَ ،

في الكرم وارد فيه دلالة ، وإن كان فيه أشجار متفرقة فهي تابعة للأرض ، ألا يرى أنه يتبعها في البيع من غير تسمية . وعن محمد أن الخراج يجب عند بلوغ الغلة على اختلاف البلدان لأنه كالبديل عن الخارج ، وله أن يحول بينه وبين غلته حتى يستوفي الخراج بقدر ما يستوفي رب الأرض الخارج تحقيقاً للمساواة . قال (وإذا اشترى المسلم أرض خراج ، أو أسلم الدمي أخذ منه الخراج) لأنه وظيفة الأرض فلا يتغير بتغير المالك لما مر في الزكاة ؛ ومن عجز عن مزرع أرض وعن الخراج توجر أرضه ويؤخذ الخراج من الأجرة فإن لم يكن من يستأجرها باعها الإمام وأخذ الخراج ورد عليه الباقي بالإجماع ، لأن فيه ضرراً خاصاً لنفع عام فيجوز . وعن أبي حنيفة في النواذر : لو هرب أهل الخراج إن شاء الإمام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين ، وإن شاء دفعها إلى قوم على شيء وكان ما يأخذه للمسلمين لأن فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على صاحبه ، فإن لم يجد من يزرعها باعها على ما بينا . ومن أدّى العشر والخراج إلى مستحقه بنفسه فللإمام أخذه منه ثانياً لأن حق الأخذ له ؛ ولو لم يطلب الإمام الخراج يتصدق به على الفقراء ، لأنه إذا لم يطلبه تعذر الأداء إليه فبقى طريقه التصديق به ليخرج عن العهدة ؛ ولوترك السلطان الخراج أو العشر أرجل جاز في الخراج دون العشر عند أبي يوسف . وقال محمد : لا يجوز فيهما لأيهما في جماعة المسلمين . ولأبي يوسف أن له حقاً في الخراج فصيح تركه وهو صلة منه ، والعشر حق الفقراء على الخلوص فلا يجوز تركه ، وعليه الفتوى . الصواع : أربعة أمان . والمن : مائتان وستون درهماً . والدرهم من أجود النقود . والجريب : ستون ذراعاً في ستين بذراع الملك كسرى ، وأنه يزيد على ذراع العامة بقبضة . وقيل هذا جريب سواد العراق ؛ فأما جريب أرض كل بلدة ما هو المتعارف عندهم .

فصل

(وإذا ارتدّ المسلم والعياذ بالله) عن الإسلام (يجبس ويعرض عليه الإسلام وتكشف شبهته ، فإن أسلم وإلا قتل) أما حبسه وعرض الإسلام عليه فليس بواجب لأنه بلغته الدعوة ؛ والكافر إذا بلغته الدعوة لا تجب أن تعاد عليه فهذا أولى ، لكن يستحب ذلك ،

فَانْ قَتَلَهُ قَاتِلٌ قَبْلَ الْعَرَضِ لَأَشْيَاءَ عَلَيْهِ . وَإِسْلَامُهُ أَنْ يَأْتِيَ بِالشَّهَادَتَيْنِ .
وَيَتَّبِعَ أَعْنَ جَمِيعِ الْأَدْيَانِ سِوَى دِينِ الْإِسْلَامِ أَوْ عَمَّا انْتَقَلَ إِلَيْهِ ، وَيَزُولُ (سَم) ،
مِلْكُهُ عَنْ أَمْوَالِهِ زَوَالاً مُرَاعَى ، فَاِنْ أَسْلَمَ عَادَتْ إِلَى حَالِهَا ،

لأن الظاهر إنما ارتدّ لشبهة دخلت عليه أو ضميم أصابه فيكشف ذلك عنه ليعود إلى الإسلام وهو أهون من القتل . وروى مثل ذلك عن عمر ، وقيل إن طلب التأجيل أجل ثلاثة أيام وإلا قتل للحال لأنه متعنت . وأما وجوب قتله فلقوله تعالى - تقاتلونهم أو يسلمون - والمراد أهل الردّة نفلان ابن عباس وجماعة من المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام « من بدل دينه فاقتلوه » وقال « لا يحلّ دم امرئ مسلم إلا بإحدى معان ثلاث » الحديث ، والحرّ والعبد سواء لإطلاق ما ذكرنا . قال (فان قتله قاتل قبل العرض لأشياء عليه) لأنه مستحقّ للقتل بالكفر فلا ضمان عليه ، ويكره له ذلك لما فيه من ترك الغرض المستحبّ ، ولما فيه من الافتيات على الإمام . قال (وإسلامه أن يأتي بالشهادتين ويتبرأ عن جميع الأديان سوى دين الإسلام أو عما انتقل إليه) لحصول المقصود بذلك ، فان عاد فارتدّ فحكمه كذلك وهكذا أبدا ، لأننا إنما نحكم بالظاهر ، قال عليه الصلاة والسلام « هلا شققت عن قلبي » وكان صلى الله عليه وسلم يقبل من المنافقين ظاهر الإسلام ، ولأن توبته قبلت أول مرة باظهار الإسلام وأنه موجود فيما بعد فتقبل . قال (ويزول ملكه عن أمواله زوالاً مراعى ، فان أسلم عادت إلى حالها) وقالوا : هي على ملكه لأنه مكلف محتاج فيبقى ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقصاص ، وله أنه كافر مقهور تحت أيدينا مباح الدم ، وأنه يوجب زوال الملك والمالكية ، إلا أنه يرجح إسلامه وهو مدعوّ إليه فيوقف أمره فان عاد صار كأن لم يزل مسلماً وإن مات أو قتل أولحق بدار الحرب استقر كفره فعمل السبب عمله . اعلم أن تصرفات المرتدّ أربعة أقسام : نافذ بالاتفاق كالطلاق والاستيلاء وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لأنه لا يفتقر إلى تمام الولاية ولا إلى حقيقة الملك . وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة لأنه يعتمد الملة ولا ملة للمرتدّ . وموقوف بالإجماع كالمفاوضة لأنها تعتمد المساواة ولا مساواة ، فان أسلم حصلت المساواة وإلا بطلت فيوقف لذلك . ومختلف فيه كالبيع والشراء والعق والتدبير والكتابة والهبة والوصية وقبض الديون فهي موقوفة عند أبي حنيفة إن أسلم نفذت ، وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب بطلت . وعندهما هي جائزة ، وهو بناء على اختلافهم في ملكه على ما بينا . لهما أنه أهل للتصرفات لكونه مخاطباً وملكه ثابت لما بينا فيصحّ تصرفه إلا عند أبي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح ، لأن الظاهر عوده إلى الإسلام بزوال شبهته . وعند محمد يجوز من المريض من الثلث ، لأن ردّته تفضى إلى القتل غالباً ، لأن من انتحل نخلة قلما يتركها سبياً وقد أعرض

وإن مات أو قُتِلَ أو لحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ وَحُكِمَ بِلِحَاقِهِ عَتَقَ مُدَبَّرُوهُ وَأُمَمَاتُ أَوْلَادِهِ وَحَلَّتِ الدِّيُونُ الَّتِي عَلَيْهِ وَنُقِلَتْ أَكْسَابُهُ فِي الْإِسْلَامِ إِلَى وَرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، وَأَكْسَابُ الرَّدَّةِ فِيءٌ (سم) ، وَتُقْضَى دِيُونُ الْإِسْلَامِ مِنْ كَسْبِ الْإِسْلَامِ ، وَدِيُونُ الرَّدَّةِ مِنْ كَسْبِهَا (سم) ، فَإِنْ عَادَ مُسْلِمًا فَمَا وَجَدَهُ فِي يَدِهِ وَارِثِهِ مِنْ مَالِهِ أَخَذَهُ .

عما نشأ عليه وألفه ، وله أن ملكه موقوف على ما تقدّم ، وتصرفه بناء عليه فيتوقف ، وإباحة ملكه توجب خللا في الأهلية فلذلك توقف تصرفاته . قال (وإن مات أو قتل أو لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه عتق مدبروه وأمّهات أولاده وحلت الديون التي عليه ونقلت أكسابه في الإسلام إلى ورثته المسلمين ، وأكساب الردّة فيء) .

اعلم أن باللحاق بدار الحرب يصير من أهل الحرب ، وهم أموات في حق أحكام الإسلام لانقطاع الولاية وعدم الإلزام كما انقطعت عن الميت الحقيقي ، إلا أنه لا يستقر اللحاق إلا بالقضاء لاحتمال العود ، ولأن انقطاع الحقوق باللحاق يختلف فيه فيتوقف حكمه على القضاء كغيره من المجتهدات ، فاذا قضى به ثبت موته الحكمي فيرتب عليه أحكام الموت وهي ما ذكرنا كالموت الحقيقي ، ومكاتبه يؤدّى بدل الكتابة إلى ورثته كما إذا مات حقيقة . وأما الميراث فكسب الإسلام لورثته المسلمين بإجماع الصحابة هكذا قضى على (١) رضى الله عنه في مال المستورد والعجلى حين قتله مرتدا من غير نكير من أحد من الصحابة . وعن ابن مسعود مثله ، وكسب الردّة فيء . وقالوا : لهم أيضا بناء على أن ملكه ثابت عندهما في الكسبين . ويستند إلى ما قبل الردّة حتى يكون توريث المسلم من المسلم ، لأن الردّة سبب الموت . وله أن الاستناد ممكن في كسب الإسلام لا في كسب الردّة لأنه وجد بعدها فلا يتصور إسناده إلى ما قبلها ولأنه كسب مباح الدم فيكون فينا كالحربي ، ثم في رواية عن أبي حنيفة ، وهو قول زفر يعتبر ورثته يوم ارتد لأنه سبب الموت ، وعنه وهو قول محمد وهو ظاهر الرواية يوم الموت أو اللحاق لأنه سبب الإرث والقضاء لتقريره لقطع الاحتمال ، وفي رواية وهو قول أبي يوسف يوم القضاء ، لأن به يتقرر الاستحقاق وبه يصير للحاق موتا وبطل وصاياه عند أبي حنيفة ، لأن ردّته كالرجوع عنها . وقالوا : تبطل وصاياه في القرب لا غير . قال (وتقضى ديون الإسلام من كسب الإسلام ، وديون الردّة من كسبها) وقالوا : تقضى ديونه من الكسبين لأنهما جميعا ملكه عندهما . وله أنه يقضى كل دين مما اكتسبه في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم . قال (فإن عاد مسلما فما وجده في يد وارثه من ماله أخذه) لأنه إذا عاد مسلما فقد عاد حيا فعادت الحاجة والخلافة

وإسلامُ (ز) الصَّبِيِّ العاقلِ وَارْتِدَادُهُ صَحِيحٌ (س ز) ، وَيُجْزَى عَلَى الْإِسْلَامِ
وَلَا يُقْتَلُ ،

إنما تثبت للوارث لاستغنائه ، فإذا عادت حاجته تقدّم على الوارث وجميع ما فعله القاضى
إلا ما ذكرنا ولأنه ملكه بغير عوض فجاز أن يثبت له حق الرجوع ما دام على ملكه
كأهبة ، ولا رجوع له فى شيء زال عن ملك الوارث كالموهوب ، وسواء زال بما يلحقه
الفسخ كالبيع ونحوه ، أو ما لا يلحقه الفسخ كالعتق ؛ وكذا لاسيّل له على من حكم الحاكم
بعثته لأنه لا يلحقه الفسخ ؛ وكذا المكاتب إذا عتق بالأداء إلى الورثة يأخذ البدل من الورثة
إن كان قائما كغيره من الأموال ، ولو لم يقض القاضى بشيء حتى رجع مسلما لا يثبت
شئ مما ذكرنا لأنه ما لم يتصل القضاء بالحق لا يحكم بموته . قال (وإسلام الصبى العاقل
وارتداده صحيح ، ويجزى على الإسلام ولا يقتل) وكذا إذا بلغ يجزى ولا يقتل . وجملة أن
إسلام الصبى الذى يعقل الإسلام وردته صحيحان . وقال أبو يوسف : إسلامه صحيح وردته
لا تصح . وقال زفر : لا يصحان لأن طريقتيها الأقوال ، وأقواله غير صحيحة لا يتعلق بها
حكم كالطلاق والعتاق والإقرار والعقود . ولأبى يوسف أن الإسلام فيه نفعه والكفر فيه
ضرره ، ويجوز تصرفه النافع كقبول أهبة ولا يجوز الضار كأهبة ، ولهذا قلنا إن الولى يجوز
تصرفه النافع دون الضار . ولهما أن عليا رضى الله عنه أسلم وهو صبى ، وصحح النبى
عليه الصلاة والسلام إسلامه وافتخر به فقال :

سبقتكمو إلى الإسلام طرّا صغيرا ما بلغت أوان حلم

ولأن الإسلام يتعلق به كمال العقل دون البلوغ ، بدليل أن من بلغ غير عاقل لم يصح
إسلامه ، والعقل يوجد من الصغير كما يوجد من الكبير ، ولأنه أتى بحقيقة الإسلام وهو
التصديق مع الإقرار ، لأن الإقرار طائعا دليل الاعتقاد والحقائق لا ترد ، وإذا صار مسلما
فإذا ارتدّ تصحّ كالبالغ ، ولأن الإسلام عقد والردة حله ، وكل من ملك عقدا ملك
حله كسائر العقود ، ولأن من كان بيده الاعتقاد تصوّ منه تبديله ، فإذا اقترن به الاعتراف
دل على تبديل الاعتقاد كالإسلام ؛ وإذا ثبتت رده ترتب عليه أحكام الردّة لا يرث ولا
يورث وتبين أمراته ، ولا يصلى عليه لو مات مرتدّا ويجزى على الإسلام ، لأننا لما حكمنا
بإسلامه لا يترك على الكفر كالبالغ ، ولأن بالجبر يندفع عنه مضرة حرمان الإرث وبينونة
الزوجة وغير ذلك ، وإنما لا يقتل لأن كل من لا يباح قتله بالكفر الأصلى لا يباح بالردة
لأن إباحة القتل بناء على أهلية الحراب على ما عرف ولأن القتل عقوبة وهو ليس من أهلها
ولأن القتل لا يتعلق بفعل الصبى كالقصاص . وإذا كان الصبى لا يعقل لا يصح إسلامه
ولا ارتداده وكذلك المجنون لأن الإسلام والكفر يتبعان العقل على ما بينا ، وكذلك من

وَالْمُرْتَدَّةُ لَا تُقْتَلُ ، وَتُحْبَسُ وَتَضْرَبُ فِي كُلِّ الْأَيَّامِ حَتَّى تُسْلِمَ ، وَلَوْ قَتَلَهَا إِنْسَانٌ لَأُشِيءَ عَلَيْهِ وَيُعَزَّرُ ، وَتَصْرَفُهَا فِي مَالِهَا جَائِزٌ ، فَإِنْ لَحِقَتْ أَوْ مَاتَتْ فَكَسْبُهَا لِيُورَثَهَا .

غلب على عقله بوجه من الوجوه كالمبرسم والمعتوه ومن سقى شيئا فزال عقله لما بينا ، ومن يجنّ ويفيق في حال جنونه له أحكام المجانين ، وفي حال إفاقته أحكام العقلاء ، وردة السكان ليست بشيء استحسانا ، وإسلامه صحيح لأنه يحتمل أن يكون عن اعتقاد أولا ، والإسلام يحتمل في إثباته والكفر في نفيه فافترقا . والقياس أن تبين امرأة السكان لأن الكفر سبب للفرقة كالطلاق . وجه الاستحسان أن الردة ليست بفرقة ، وإنما تقع الفرقة لاختلاف الدين وردته ليست بصحيحة فلا يختلف الدين . وروى بشر عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في صبي أبواه مسلمان كبر كافرا ولم يسمع منه الإقرار بالإسلام بعد ما بلغ ، قال : لا يقتل ويجبر على الإسلام ، وإنما يقتل من أقرّ بالإسلام بعد ما بلغ ثم كفر ، لأن الأول لم نجب عليه الحدود لأنه لم يصير مسلما بفعله وإنما بالتبعية وحكم أكسابه كالمرأة . قال (والمرتدة لا تقتل ، وتحبس وتضرب في كل الأيام حتى تسلم) ومعناه يعرض عليها الإسلام ، فإن أبت ضربها أسواط ثم يعرض عليها الإسلام فإن أبت حبسها . وفي رواية تخرج كل يوم وتضرب على ما وصفنا ، لأنه لم يجز قتلها وقد ارتكبت جريمة عظيمة ولا حدّ فيها فتعزّر ، والتعزير الضرب والحبس ، وإنما لا تقتل لأنه عليه الصلاة والسلام نهي عن قتل النساء مطلقا ، ولأن كفرها الأصلي لا يبيح دمها لأنها ليست من أهل القتال فكذلك الكفر الطارئ . وقد بينا في أول السير أن السبب الموجب لقتل أهليته للقتال . وأن النبي عليه الصلاة والسلام نهي على أنه السبب بقوله « ما لها قتلت ولم تقاتل ؟ » وحديث « من بدل دينه فاقتلوه » رواه ابن عباس ، ومذهبه أن المرتدة لا تقتل فدلّ على تقييده بالرجال . قال (ولو قتلها إنسان لأشياء عليه) لأنه اعتمد إطلاق النصّ وهو مذهب جماعة من العلماء لكن يؤدّب (ويعزّر) إن كانت في دار الإسلام لاقتيائه على الإمام . قال (وتصرفها في مالها جائز) إن كانت في دار الإسلام ، لأنها تصرفت في خالص حقها ، لأن عصمة المال تتبع عصمة النفس ، وعصمة نفسها لم تزل ، وبعد اللحاق زالت عصمة نفسها ، ولهذا لا تسرق ما دامت في دار الإسلام ، لأن دار الإسلام ليست بدار استرقاق ، وإن لحقت ثم سبيت استرقت وأجبرت على الإسلام ، لأن الصحابة استرقوا نساء بني حنيفة بعد ما إرتدوا وأمّ محمد بن الحنفية منهم ، ولا تقتل كالأصلية (فإن لحقت أو ماتت) في الحبس (فكسبها لورثتها) إذ ملكها ثابت فيها لما بينا فينتقلان إلى ورثتها ، ولا ميراث لزوجها لأنها بانّت بالردة ولم تصر مشرقة على الهلاك فلا تكون فارة ، وله أن يتزوج

فصل

الكافر إذا صَلَّى بِجَمَاعَةٍ أَوْ أَدَّنَ فِي مَسْجِدٍ أَوْ قَالَ : أَنَا مُعْتَقِدٌ حَقِيقَةَ الصَّلَاةِ فِي جَمَاعَةٍ يَكُونُ مُسْلِمًا .

أختها عقيب لحاقها ، لأنه لاعدّة عليها كالميتة ، فان عادت مسلمة أو سييت لم ينتقض نكاح الأخت ، لأن نكاحها لا يعود بعد ما سقط ، ولها أن تزوّج من ساعدت لعدم العدة ؛ وإن ولدت بأرض الحرب لأقلّ من ستة أشهر ثبت نسبه من الزوج وهو مسلم تبع لأبيه ؛ وإن ولدت لسته أشهر فصاعدا من حين اللحاق ثم سببا معا كانا فيئا ، لأن النسب غير ثابت من الزوج لعدم العدة فيكون الولد كافرا تبعا لها ، والمملوكة تحبس فان كان مولاهما محتاجا إلى خدمتها دفعت إليه ويؤمر أن يجبرها على الإسلام ، ويرسل القاضي إليها كل يوم من يجلدها على الإسلام جمعا بين المصلحتين .

فصل فيما يصير به الكافر مسلما

والأصل فيه أن الكافر إذا أقرّ بخلاف ما اعتقده حكم بإسلامه ، فن ينكر الوجدانية كالثنوية وعبدة الأوثان والمشرّكين ، والمناوية إذا قال : لا إله إلا الله ، أو قال : أشهد أن محمدا رسول الله ، أو قال : أسلمت أو آمنت بالله ، أو أنا على دين الإسلام أو على الختيفية فهذا كله إسلام . وكلّ من آمن بالوجدانية وينكر رسالة محمد كاليهود والنصارى لا يصير مسلما بشهادة التوحيد حتى يشهد أن محمدا رسول الله ؛ وطائفة بالعراق يزعمون أن محمدا مرسل إلى العرب لا إلى بني إسرائيل فلا يكون مسلما بالشهادتين حتى يتبرأ من دينه . ولو قال : دخلت في الإسلام ، قال بعضهم : يحكم بإسلامه لأنه دليل على دخول حادث في الإسلام وذلك غير ما كان عليه فدلّ على خروجه مما كان عليه ، هكذا ذكره الكرخي في مختصره ؛ ولو قال : أنا مسلم كان أبوحنيفة يقول : لا يكون مسلما حتى يتبرأ ، ثم رجع وقال ذلك إسلام منه . قال (والكافر إذا صلى بجماعة أو أدّن في مسجد ، أو قال : أنا معتقد حقيقة الصلاة في جماعة يكون مسلما) لأنه أتى بما هو من خاصية الإسلام ، كما أن الإتيان بخاصية الكفر يدلّ على الكفر ، فان من سجد لصنم أو تزيا بزنا أو لبس قلنسوة المجوس يحكم بكفره . وعن محمد إذا صلى وحده واستقبل قبلتنا كان مسلما ، ولو لبى وأحرم وشهد المناسك مع المسلمين كان مسلما . أكره الذمّي على الإسلام فأسلم يصحّ إسلامه ، ولو رجع لا يقتل ، ولكن يحبس حتى يرجع إلى الإسلام .

وإذا أخرج قوم من المسلمين عن طاعة الإمام وتغلبوا على بلد دعاهم إلى الجماعة وكشف شبهتهم ، ولا يبدؤهم بقتال ، فإن بدءوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم ، فإن اجتمعوا وتعسكروا بدأهم ؛

فصل

الخوارج والبغاة مسلمون ، قال تعالى - وإن طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما - وقال على رضي الله عنه : إخواننا بغوا علينا ، وكل بدعة تخالف دليلا يوجب العلم والعمل به قطعاً فهو كفر ، وكل بدعة لا تخالف ذلك وإنما تخالف دليلاً يوجب العمل ظاهراً فهو بدعة وضلال وليس بكفر . وانفقت الأمة على تضليل أهل البدع أجمع وتخطئهم . وسب أحد من الصحابة وبغضه لا يكون كفراً لكن يضل ، فإن علياً رضي الله عنه لم يكفر شامه حتى لم يقتله ، وأهل البغي كل فئة لهم منعة يتغلبون ويجمعون ويقاتلون أهل العدل بتأويل ويقولون الحق معنا ويدعون الولاية ، وإن تغلب قوم من اللصوص على مدينة فقتلوا وأخذوا المال وهم غير متأولين أخذوا بأجمعهم وليسوا ببغاة ، لأن المنعة إن وجدت فالتأويل لم يوجد . قال (وإذا أخرج قوم من المسلمين عن طاعة الإمام وتغلبوا على بلد دعاهم إلى الجماعة وكشف شبهتهم) لأن علياً رضي الله عنه بعث ابن عباس يدعو أهل حروراء وناظرهم قبل قتالهم ، ويستحب ذلك لأنه أهون الأمورين فلعلهم أن يرجعوا به . قال (ولا يبدؤهم بقتال) لأنهم مسلمون (فإن بدءوه قاتلهم حتى يفرق جمعهم) قال تعالى - فإن بغت إحداهما على الأخرى فقاتلوا التي تبغي - الآية ، ولأن علياً رضي الله عنه قاتلهم بحضرة الصحابة ، ولأنهم ارتكبوا معصية بمخالفة الجماعة فيجب صدهم عنها ، ويجوز رميهم بالنبل والمنجنيق وإرسال الماء والنار على النبات لئلا لأنه من آلة القتال . وما روى عن عبد الله بن عمر وجماعة من الصحابة من القعود عن الفتنة فيجوز أنهم كانوا عاجزين عن ذلك ، ومن لا قدرة له لا يلزمه . وما روى عن أبي حنيفة أنه قال : ينبغي أن يعتزل الفتنة ، ولا يخرج من بيته إذا لم يكن هناك إمام يدعو إلى القتال ، فأما إذا دعاه الإمام وعنده غنى وقدرة لم يسعه التخلف . قال (فإن اجتمعوا وتعسكروا بدأهم) دفعاً لشركهم لأن في تركهم تقوية لهم وتمكيناً من أذى المسلمين والغلبة على بلادهم . وكان أبو حنيفة يقول : ينبغي للإمام إذا بلغه أن الخوارج يشتركون السلاح ويتأهبون للخروج أن يأخذهم ويحبسهم حتى يقلعوا عن ذلك ويتوبوا ، لأن العزم على الخروج معصية فيزجرهم عنها ،

فَإِذَا قَاتَلَهُمْ فَإِنْ كَانَ لَهُمْ فِئَةٌ أَجْهَزَ عَلَى جَرِيحِهِمْ وَاتَّبَعَ مُوَلَّيَهُمْ ، وَلَا تُسَبِّى لَهُمْ ذُرِّيَّةٌ ، وَلَا يُغْنَمُ لَهُمْ مَالٌ ، وَيُحْبِسُهَا حَتَّى يَتَوْبُوا فَيَرُدُّهَا عَلَيْهِمْ ، وَلَا بَأْسَ بِالْقِتَالِ بِسِلَاحِهِمْ وَكَرَاعِهِمْ عِنْدَ الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ؛

وفى حبسهم قطعهم عن ذلك ، ويكتفى المسلمون بثوبتهم . قال (فإذا قاتلهم فإن كان لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) لأن الواجب أن يقاتلهم حتى يعودوا إلى الحق ، قال تعالى - حتى تنفي إلى أمر الله - فإذا كان لهم فئة ينحازون إليها لا يزول بغيتهم لأنهم ينحازون إلى فئة ممتعة من البغاة فيعودون إلى القتال ؛ وأما الأسير فإن رأى قتله قتله لأن بغيه لم يزل ، وإن رأى أن يخلى عنه فعل ، فإن عليا رضى الله عنه كان إذا أخذ أسيرا استحلّقه أن لا يعين عليه وخلاه ، وإن رأى أن يحبس حتى يتوب أهل البغي فعل وهو الأحسن ، لأنه يؤمن شره من غير قتل . وأما إذا لم يكن لهم فئة لم يجهز على جريحهم ولم يتبع موليهم ولا يقتل أسيرهم ، هكذا فعل على رضى الله عنه بأهل البصرة ، وقال : لا يغنم لهم مال ولا تسبى لهم ذرية ، وقال يوم الحمل : لا تتبعوا مدبرا ولا تقتلوا أسيرا ، ولا تدفقوا على جريح : أى لا يتم قتله ، ولا يكشف ستره ، ولا يؤخذ مال ، وهو القدوة فى الباب ، ولأن المقصود دفع شرهم وإزالة بغيتهم وقد حصل . قال (ولا تسبى لهم ذرية ولا يغنم لهم مال ويحبسها حتى يتوبوا فتردها عليهم) لما تقدم من حديث على رضى الله عنه ، ولأنهم مسلمون والإسلام عاصم ، وإنما يحبسها عنهم تقليلا عليهم ، وفيه مصلحة المسلمين ، فإذا تابوا ردت عليهم لزوال الموجب للحبس . قال (ولا بأس بالقتال بسلاحهم وكراعهم عند الحاجة إليه) معناه إذا كان لهم فئة فيقسم على أهل العدل ليستعينوا به على قتلهم ، ولأنه يجوز للإمام أن يأخذ سلاح المسلمين عند الحاجة فهذا أولى ، وهو مأثور عن على رضى الله عنه أيضا يوم البصرة ، فإذا استغنوا عنه حبسه لهم ولا يدفعه إليهم لئلا يستعينوا به على المسلمين فيحبس السلاح ويبيع الكراع ويمسك ثمنه لأن ذلك أنفع وأيسر ، فإذا زال بغيتهم يردّه إليهم كسائر أموالهم . وما أصاب كل واحد من الفريقين من الآخر من دم أو جراحة أو استهلاك مال فهو موضوع لادية فيه ولا ضمان ولا قصاص ، وما كان قائما فى يد كل واحد من الفريقين للآخر فهو لصاحبه لما روى الزهرى . قال : وقعت الفتنة فأجمعت الصحابة وهم متوافرون أن كل دم أريق بتأويل القرآن فهو هدر ، وكل ما أتلّف بتأويل القرآن فلا ضمان فيه ، وكل فرج استبج بتأويل القرآن فلا حد فيه ، وما كان قائما بعينه رد . قال محمد : إذا تابوا أفتيهم أن يغرموا ولا أجبرهم على ذلك لأنهم أتلّفوه بغير حق ، فسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى . وقال أصحابنا : ما فعلوه قبل التحيز والخروج وبعد تفرق جمعهم يؤخّرون به ، لأنهم

وَإِذَا قَتَلَ الْعَادِلُ الْبَاغِيَّ وَرِثَهُ ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَتَلَهُ الْبَاغِي (س) وَقَالَ : أَنَا عَلَى حَقٍّ ، وَإِنْ قَالَ : أَنَا عَلَى الْبَاطِلِ لَمْ يَرِثَهُ .

كتاب الكراهية

الْمَكْرُوهُ عِنْدَ مُحَمَّدٍ حَرَامٌ ، وَعِنْدَهُمَا هُوَ إِلَى الْحَرَامِ أَقْرَبُ ،

من أهل دارنا ، ولا منعة لهم فهم كغيرهم من المسلمين ، أما ما فعلوه بعد التحيز لاضمان فيه لما بينا ، ولا يقتل من معهم من النساء والصبيان والشيوخ والزماني والعميان لأنهم لا يقتلون إذا كانوا مع الكفار فهذا أولى وليسوا من أهل القتال ، فان قاتلت المرأة مع الرجال لا بأس بقتلها حالة القتال ، ولا تقتل إذا أسرت وتحبس اعتبارا بالحرية . قال (وإذا قتل العادل الباغى ورثه وكذلك إن قتله الباغى وقال : أنا على حقٍّ ، وإن قال : أنا على الباطل لم يرثه) لأنه قتله بغير حقٍّ ولا تأويل . وقال أبو يوسف : لا يرث الباغى العادل في الوجهين لأنه قتل بغير حقٍّ . ولنا ما رويناه من إجماع الصحابة ، ويكره حمل رءوسهم وإنفاذها إلى الآفاق لأنه مثله ، ولم ينقل عن علي رضي الله عنه . وروى أنه حمل إلى أبي بكر رضي الله عنه رأس فأنكر حمله ، ف قيل له : إن فارس والروم يفعلون ذلك ، فقال : أستناب بفارس والروم ؟ . وقد قال أصحابنا : إن كان ذلك رهناء لهم فلا بأس به ، لأن ابن مسعود حمل رأس أبي جهل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم ينسكرك عليه ، والله أعلم .

كتاب الكراهية

وفيه بيان ما يكره من الأفعال وما لا يكره ، وسمى بالكراهية لأن بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه ، والقدرى سماه في مختصره وشرحه : الحظر والإباحة ، وهو صحيح لأن الحظر المنع ، والإباحة الإطلاق ، وفيه بيان ما منع منه الشرع وما أباحه ، وسماه بعضهم : الاستحسان ، لأن فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ، ولقطة الاستحسان أحسن ، أو لأن أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها ؛ وبعضهم يسميه : كتاب الزهد والورع لأن فيه كثيرا من المسائل أطلقها الشرع والزهد والورع تركها .

قال (المكروه عند محمد حرام) إلا أنه لما لم يجد فيه نصا لم يطلق عليه الحرمة (وعندهما هو إلى الحرام أقرب) لتعارض الأدلة فيه وتغليب جانب الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام « ما اجتمع الحرام والحلال إلا وقد غلب الحرام الحلال » قالوا : معناه دليل الحل

وَالنَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ حَرَامٌ إِلَّا عِنْدَ الضَّرُورَةِ كَالطَّبِيبِ وَالْحَاتِنِ وَالْخَافِضَةِ
وَالْقَابِلَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا الْعَوْرَةَ فِي الصَّلَاةِ . وَيَنْظُرُ الرَّجُلُ مِنْ الرَّجُلِ إِلَى جَمِيعِ
بَدَنِهِ إِلَّا الْعَوْرَةَ ، وَتَنْظُرُ الْمَرْأَةُ مِنَ الْمَرْأَةِ وَالرَّجُلِ إِلَى مَا يَنْظُرُ الرَّجُلُ
مِنْ الرَّجُلِ ،

ودليل الحرمة . قال (والنظر إلى العورة حرام إلا عند الضرورة كالطبيب والحاتن والخافضة
والقابلة ، وقد بينا العورة في) كتاب (الصلاة) والأصل في ذلك قوله تعالى - قل للمؤمنين
يغضوا من أبصارهم ويحفظوا فروجهم - وقوله تعالى - وقل للمؤمنات - الآية ، معناه
يسترونها من الانكشاف لئلا ينظر إليها الغير نقلا عن المفسرين ، وقال عليه الصلاة والسلام
« ملعون من نظر إلى سواة أخيه » فأما حالة الضرورة فالضرورات تبيح المحظورات ،
ألا ترى أن الله أباح شرب الخمر وأكل الميتة ولحم الخنزير ومال الغير حالة المحمصة وما
إذا غص ، وهذا لأن أحوال الضرورات مستثناة ، قال تعالى - وما جعل عليكم في الدين
من حرج - وقال - لا يكلف الله نفسا إلا وسعها - وفي اعتبار حالة الضرورة حرج وتكليف
ما ليس في الوسع ، ولأن هذه الأفعال مأمور بها ، فعند بعضهم هي واجبة ، وعند البعض
سنة مؤكدة ، ولا يمكن فعلها إلا بالنظر إلى محالها ، فكان الأمر بها أمرا بالنظر إلى محالها
ويلزم منه الإباحة ضرورة ، وينبغي للطبيب أن يعلم امرأة مداواتها ، لأن نظر المرأة إلى
المرأة أخف من نظر الرجل إليها لأنها أبعد من الفتنة ، فإذا لم يكن منه بد فليغض بصره
ما استطاع تحرزا عن النظر بقدر الإمكان ، وكذلك تفعل المرأة عند النظر إلى الفرج عند
الولادة وتعرف البكارة ، ألا يرى أنه يجوز النظر إليه لتحمل الشهادة على الزنا ولا ضرورة
فهذا أولى ، والعورة في الركبة أخف فكاشفها ينكر عليه برفق ، ثم الفخذ وكاشفه يعنف
على ذلك ؛ ثم السواة فيؤدب كاشفها . قال (وينظر الرجل من الرجل إلى جميع بدنه إلا
العورة) لأن المنهى عنه النظر إلى العورة دون غيرها وعليه الإجماع ، وقد قبل أبو هريرة
سرة الحسن بن علي رضي الله عنهما وقال : هذا موضع قبله رسول الله عليه الصلاة والسلام
ولأن الرجال يمشون في الطرق بازار في جميع الأزمان من غير نكير ، فدل على جواز
النظر إلى الأبدان . قال (وتنظر المرأة من المرأة والرجل إلى ما ينظر الرجل من الرجل)
أما المرأة إلى المرأة فلا تنعدم الشهوة وللضرورة في الحمامات وغيرها ، وأما نظرها إلى الرجل
فلاستوائهما في إباحة النظر إلى ما ليس بعورة ، ولأن الرجال يمشون بين الناس بازار
واحد ، فإذا خافت الشهوة أو غلب على ظنها لا تنتظر احترازا عن الفتنة ، وكل ما جاز
النظر إليه جاز مسه لاستوائهما في الحكم إلا إذا خافت الشهوة .

وَيَنْظُرُ مِنْ زَوْجَتِهِ وَأُمْتِهِ الَّتِي تَحِلُّ لَهُ إِلَى جَمِيعِ بَدَنِهَا ، وَيَنْظُرُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِهِ وَأُمَةِ الْغَيْرِ إِلَى الْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالصَّدْرِ وَالسَّاقَيْنِ وَالْعَصْدَيْنِ وَالشَّعْرِ ، وَلَا بَأْسَ بِأَنْ يَمَسَّ مَا يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَيْهِ إِذَا أَمِنَ الشَّهْوَةَ ،

قال (وينظر من زوجته وأمته التي تحل له إلى جميع بدنها) وكذا يحل له مسها والاستمتاع بها في الفرج وما دونه ، قال تعالى - والذين هم لفروجهم حافظون - إلى قوله سبحانه - فانهم غير ملومين - وقال عليه الصلاة والسلام « غَضٌّ بِصْرِكَ إِلَّا عَنْ زَوْجَتِكَ » ولا يحل له الاستمتاع بها في الدبر ولا في الفرج حالة الحيض لقوله عليه الصلاة والسلام « من أتى حائضا أو امرأة في دبرها أو أتى كاهنا ، صدقه فيما يقول فقد كفر بما أنزل على محمد » ونظره إلى فرجها ونظرها إلى فرجه مباح . وعن ابن عمر رضي الله عنه أن النظر أبلغ في تحصيل اللذة ، وقيل الأولى أن لا ينظر لأنه يورث النسيان ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير » . قال (وينظر من ذوات محارمه وأمة الغير إلى الوجه والرأس والصدر والساقين والعصدين والشعر) والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدن زينتهن إلا لبعولتهن - الآية ، والمراد موضع الزينة ، لأن النظر إلى نفس الثياب والحلي والكحل وأنواع الزينة حلال للأجانب والأقارب ، فكان المراد مواضع الزينة بطريق حذف المضاف وإقامة المضاف إليه مقامه ، ومواضع الزينة ما ذكرنا ، فالرأس موضع الإكليل ، والشعر موضع العقاص ، والأذن موضع القرط ، والعنق موضع القلائد ، والصدر موضع الوشاح ، والعصدان موضع الدملج ، والذراع موضع السوار ، والساق موضع الخللخال . وعن الحسن والحسين رضي الله عنهما أنهما كانا يدخلان على أختهما أم كلثوم وهي تمتشط ، ويستوى في ذلك المحرمة بالنسب والرضاع والمصاهرة لأن الحرمة مؤبدة في الكل فيستويان في إباحة النظر والمس . قال (ولا بأس بأن يمس ما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة) لأن المسافرة معهن حلال بالنص ويحتاج في السفر إلى مسهن في الإركاب والإنزال ، وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان إذا قدم من مغازيه قبل رأس فاطمة . وعن أبي بكر رضي الله عنه أنه قبل رأس عائشة ومحمد بن الحنفية كان يقبل رأس أمه ، ولأن المحرم لما كان لا يشتهي عادة حلت معه محل الرجال ، ولا ينبغي أن يفعل شيئا من ذلك إذا خاف الشهوة أو غلبت على ظنه ، بل ينبغي أن يغض بصره ، فان من رتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه ، قال عليه الصلاة والسلام « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » ولا يجوز النظر من هؤلاء إلى ما بين السرة حتى يجاوز الركبة لأنه عورة ولا إلى الظهر والبطن ، لأن حكم الظهار إنما ثبت لتشبيهه بظهر الأم ، فلو لا حرمة ظهرها لما ثبتت حرمة الزوجية كما إذا شبهها بيدها ورجلها ، وإذا ثبتت حرمة

وَلَا يَنْظُرُ إِلَى الْحُرَّةِ الْأَجْنَبِيَّةِ إِلَّا إِلَى الْوَجْهِ وَالْكَفَّيْنِ إِنْ لَمْ يَخَفِ الشَّهْوَةَ ،
فَإِنْ خَافَ الشَّهْوَةَ لَا يَجُوزُ إِلَّا لِلْحَاكِمِ وَالشَّاهِدِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَمَسَّ ذَلِكَ .
وَإِنْ أَمِنَ الشَّهْوَةَ ؛

الظهر فالبطن أولى ، لأن الشهوة فيها أكثر فكانت أولى بالتحريم ، ولأن ذلك ليس موضع الزينة ، فإن سافر معهن فلا بأس أن يحملهن وينزلهن يأخذ بالبطن والظهر ، لأن اللمس من فوق الثياب لا يوجب الشهوة فصار كالنظر حتى لو كانت متجردة أو عليها ثياب رقيقة يجد حرارتها من فوقه لا يمسه تحرّزا عن الوقوع في الفتنة ؛ وأما أمة الغير فلا تحتاج إلى الخروج وقضاء الحوائج والأخذ والإعطاء فيقع النظر إليها ضرورة ومس بعض أعضائها كما في المحارم . وعن ابن عمر رضى الله عنه أنه كان إذا رأى أمة متخمرة ألقى خمارها وقال لها : يا لكاع لاتتشبهين بالحرائر . ولا ينظر إلى ظهرها وبطنها لأنه محل الشهوة ؛ ولأنه لما حرم من المحارم مع عدم الشهوة فيهن عادة فلأن يحرم من الإماء كان أولى ، وإنما يباح ذلك عند عدم الشهوة لما بينا ، إلا إذا أراد الشراء فانه يباح له النظر مع الشهوة دون المس ، لأن المس بشهوة استمتاع بأمة الغير وأنه حرام ، أما النظر فليس باستمتاع ، وإنما حرم لإفضائه إلى الاستمتاع وهو الوطء . والمسافرة بأمة الغير قيل تحل كالمحارم وقيل لا وهو المختار ، لأن الشهوة إلى أمة الغير كثيرة ، ولا كذلك في المحارم ، ولأنه لاضرورة إلى المسافرة والخلو معها ، وفي المحارم ضرورة لما بينا ، وكذا يحل للأمة النظر من الأجنبية إلى جميع بدنه ومسه وعمره ما خلا العورة بشرط عدم الشهوة ، لأن العادة أن جارية المرأة تخدم زوجها وتغمره وتدنه فدل على الجواز . قال (ولا ينظر إلى الحرّة الأجنبية إلا إلى الوجه والكفين إن لم يخف الشهوة) وعن أبي حنيفة أنه زاد القدم ، لأن في ذلك ضرورة للأخذ والإعطاء ومعرفة وجهها عند المعاملة مع الأجانب لإقامة معاشها ومعادها لعدم من يقوم بأسباب معاشها . والأصل فيه قوله تعالى - ولا يبدن زينتهن - إلا ما ظهر منها - قال عامة الصحابة : الكحل والخاتم ، والمراد موضعهما لما بينا ، وموضعهما الوجه واليد ، وأما القدم فروى أنه ليس بعورة مطلقا لأنها تحتاج إلى المشى فتبدو ؛ ولأن الشهوة في الوجه واليد أكثر ، فلأن يحل النظر إلى القدم كان أولى ، وفي رواية القدم عورة في حق النظر دون الصلاة . قال (فإن خاف الشهوة لا يجوز إلا للحاكم والشاهد) لما فيه من الضرورة إلى معرفتها لتحمل الشهادة والحكم عليها وكما يجوز له النظر إلى العورة لإقامة الشهادة على الزنا . قال (ولا يجوز أن يمس ذلك وإن أمن الشهوة) لأن المس أغلظ من النظر ، فإن الشهوة بالمس أكثر ، فإن كانت عجوزا لاتشهى أو كان شيخا لايشهى فلا بأس بمصافحتها ، لما روى عن أبي بكر رضى الله عنه أنه كان يصفح العجائز ،

وَالْعَبْدُ مَعَ سَيِّدَتِهِ كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَالْفَحْلُ وَالْخَصِيُّ وَالْمَجْبُوبُ سَوَاءٌ ،
وَيُكْرَهُ أَنْ يُقْبَلَ الرَّجُلُ فَمَ الرَّجُلِ أَوْ شَيْئًا مِنْهُ أَوْ يُعَانِقَهُ وَلَا بَأْسَ
بِالْمُصَافَحَةِ ، وَلَا بَأْسَ بِتَقْبِيلِ يَدِ الْعَالِمِ وَالسُّلْطَانِ الْعَادِلِ .
وَيَحِلُّ لِلنِّسَاءِ لُبْسُ الْحَرِيرِ وَلَا يَحِلُّ لِلرِّجَالِ إِلَّا مِقْدَارُ أَرْبَعِ أَصَابِعَ كَالْعَلَمِ

وعبد الله بن الزبير استأجر عجوزاً تمرّضه فكانت تغمره وتغلى رأسه ، والصغيرة التي
لا تشهى لابأس بمسها والنظر إليها لعدم خوف الفتنة . ومن أراد أن يتزوَّج امرأة يجوز له
النظر إليها وإن خاف أن يشمى لقوله عليه الصلاة والسلام للمغيرة وقد أراد أن يتزوَّج
امرأة « انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما » . قال (والعبد مع سيده كالأجنبي) لأن
خوف الفتنة منه مثلها من الأجنبي ، وبلى أكثر لكثرة الاجتماع والنصوص المحرمة مطلقة ،
والمراد من قوله تعالى - أو ما ملكت أيماهن - الإمام دون العبد قاله الحسن وابن جبير .
قال (والفحل والخصي والمحجوب سواء) لأن الآية تعمّ الكل ، والطفل الصغير مستثنى
بالنص ، ولأن الخصي يجمع والمحجوب يسحق فلا تؤمن الفتنة كالفحل . قال (ويكره
أن يقبل الرجل فم الرجل أو شئاً منه أو يعانقه) وعن أبي يوسف لابأس به ، وعن بعض
الشايع لابأس به إذا قصد به الإكرام والمبرة ولم يخف الشهوة ، لما روى « أنه عليه الصلاة
والسلام عانق جعفر بن أبي طالب حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وكان يوم فتح خيبر
وقال : لأدرى بأى الأمرين أسر ؟ بفتح خيبر أم بقدوم جعفر » وجه الظاهر نهيه صلى
الله عليه وسلم عن المكائمه والمكامة ، والأوّل التقبيل والثاني المعانقة ، وما رواه محمود على
الابتداء قبل الهوى . قال (ولا بأس بالمصافحة) فإنها سنة قديمة متوارثة بين المسلمين من
لدى الصدر الأوّل إلى يومنا هذا . قال (ولا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل) لأن
الصحابه رضى الله عنهم كانوا يقبلون أطراف رسول الله صلى الله عليه وسلم . وعن
سفيان بن عيينة أنه قال : تقبيل يد العالم والسلطان العادل سنة ، فقام عبد الله بن المبارك
وقبل رأسه ، وتقبيل الأرض بين يدى السلطان أو بعض أصحابه ليس بكفر لأنه تحية
وليس بعبادة ، ومن أكره على أن يسجد للملك الأفضل أن لا يسجد لأنه كفر ، ولو
سجد عند السلطان على وجه التحية لا يصير كافراً .

فصل

(ويحل للنساء لبس الحرير ، ولا يحل للرجال إلا مقدار أربع أصابع كالعلم) لما روى
عن عليّ رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ حريرة بشماله وذهباً
بيمينه ثم رفع بهما يديه وقال : إن هذين حرام على ذكور أمتي حلّ لإناثها » وعن عمر

وَلَا بِأَسَ (سم) بَتَوَسُّدِهِ وَافْتِرَاشِهِ ، وَلَا بِأَسَ بِلُبْسِ مَا سَدَاهُ إِبْرِيْسَمٌ
وَلِحَمَّتُهُ قُطْنٌ أَوْ خَزٌ ؛

رضى الله عنه أنه قال « حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لبس الحرير على الرجال إلا ما كان هكذا وهكذا ، وذكر أصبعين وثلاثاً وأربعاً » وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربعة وأراد به الأعلام » وأهدى المقوقس ملك الإسكندرية لرسول الله صلى الله عليه وسلم جبة أطرافها من ديباج فلبسها ولأن الناس اعتادوا لبس الثياب وعليها الأعلام في سائر الأزمان ، والمعنى فيه أنه تبع للثوب فلا حكم له . قال (ولا بأس بتوسده وافتراشه) وكذا ستر الحرير وتعليقه على الباب ، وقالوا : يكره لعموم النهى ولأنه من زى الأعاجم وقد نهى عنه . وله أن النهى ورد في اللبس وهذا دونه فلا يلحق به ، ولأن القليل من اللبس حلال وهو العلم فكذا القليل من الاستعمال حتى لا يجوز جعله دثاراً بالإجماع . وعن ابن عباس أنه كان له مرفقة (١) حرير على بساطه ، ولأن افتراشه استخفاف به فصار كالتصاوير على البساط فانه يجوز الجلوس عليه ولا يجوز لبس التصاوير . قال (ولا بأس بلبس ما سده إبريسم ولحمته قطن أو خز) لأن الثوب بالنسج والنسيج باللحمة ، فتعتبر اللحمة دون السدا ، فما كان سده حريراً ولحمته غيره يجوز لبسه في الحرب وغيره بالإجماع ، وما كان بالعكس يجوز في الحرب خاصة بالإجماع أيضاً للضرورة لأنه أهيب وأدفع لمضرة السلاح . وقال أبو يوسف ومحمد : لبس الحرير في الحرب جائز لما روى الشعبي أن النبي عليه الصلاة والسلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ، ولأنه أدفع لمضرة السلاح وأهيب في عين العدو فست الحاجة إليه . وقال أبو حنيفة : لا يجوز لعموم النهى ، والحرام لا يحل إلا للضرورة وقد اندفعت بالخلوط فان الخالص إن اختص بمزية الخلوص فالخلوط اختص بزيادة الثخانة والقوة فاستويا فيجتزأ به ، ولو كان الثوب رقيقاً ولا يحصل به الإرهاب لا يجوز بالإجماع . وفي نوادر هشام عن محمد يكره لبنة الحرير : أى القبة وتكة الديباج والإبريسم لأنه استعمال تام ، وما كان سده ظاهراً كالعتابي (٢) ، قيل يكره لأن لابسها في منظر العين لابس حرير وفيه خيلاء ، وقيل لا يكره اعتباراً للحمة كما مر ، وتكره الخرقعة التي يمسح بها العرق ويمتخط بها لأنه ضرب كبر ، وإن كانت لإزالة الأذى والقذر لا بأس بها ، ولا بأس بالخرقة يمسح بها الضوء لتوارث المسلمين ذلك ، وقيل إن فعله تكبراً يكره كالتربع في الاتكاء إن فعله تكبراً يكره وللحاجة لا .

(١) قوله مرفقة ، قال في مختار الصحاح : المرفقة بالكسر : الخدعة اهـ .

(٢) قوله كالعتابي ، قال في رد المختار : هو مثل القطني والأطلس في زماننا .

وَيَجُوزُ لِلنِّسَاءِ التَّحَلِّيُّ بِالذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَلَا يَجُوزُ لِلرِّجَالِ إِلَّا الْخَاتَمُ وَالْمِنْهَاطَةُ وَحَلِيَّةُ السَّيْفِ مِنَ الْفِضَّةِ وَكِتَابَةُ الثَّوْبِ مِنْ ذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وَشَدُّ الْأَسْنَانِ بِالْفِضَّةِ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَلْبَسَ الصَّبِيُّ الذَّهَبَ وَالْحَرِيرَ ، وَلَا يَجُوزُ اسْتِعْمَالُ آيَةِ الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ ،

قال (ويجوز للنساء التحلي بالذهب والفضة ولا يجوز للرجال) لما سبق من الحديث (إلا الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة وكتابة الثوب من ذهب أو فضة وشد الأسنان بالفضة) أما الخاتم والمنطقة وحلية السيف فبالإجماع ، والنبي عليه الصلاة والسلام كان له خاتم من فضة نقشه محمد رسول الله ، ونهى عليه الصلاة والسلام عن التخم بالذهب ، ثم التخم سنة لمن يحتاج إليه كالسلطان والقاضي ومن في معناهما ومن لا حاجة له إليه فتركه أفضل . والسنة أن يكون قدر مثقال فما دونه ويجعل فصه إلى باطن كفه ، بخلاف النساء لأنه للزينة في حقهن دون الرجال ، ويجوز أن يجعل فصه عقيقا أو فيروزجا أو ياقوتا أو نحوه ، ويجوز أن ينقش عليه اسمه أو اسما من أسماء الله تعالى لتعامل الناس ذلك من غير نكير ولا بأس بسد ثقب الفص بمسار الذهب لأنه قليل فأشبه العلم ، ويكره التخم بالحديد والصفير للرجال والنساء لأنه حلية أهل النار وقد نهى عنه . وروى أنه كان قبضة سيفه عليه الصلاة والسلام من فضة . وأما كتابة الثوب كما بينا في العلم الحرير ، وكرهه أبو يوسف بناء على اختلافهم في الإناء المفضض . وأما شد الأسنان فذهب أبي حنيفة ، وقال : يجوز بالذهب أيضا قياسا على الأنف ، فانه روى أن عرفة أصيب أنفه يوم كلاب (١) فاتخذ أنفا من فضة فأنتن ، فأمره عليه الصلاة والسلام أن يتخذ أنفا من ذهب وكان ضرورة فيجوز . وله أن الضرورة في الأسنان تندفع بالأدنى وهو الفضة ، ولا كذلك في الأنف فافترقا . قال (ويكره أن يلبس الصبي الذهب والحرير) لثلاثه ألا ترى أنه يؤمر بالصوم والصلاة وينهى عن شرب الخمر لبعثاد فعل الخير ويألف ترك المحرمات فكذلك هذا ، والإثم على من ألبسه لإضافة الفعل إليه . قال (ولا يجوز استعمال آنية الذهب والفضة) قال عليه الصلاة والسلام « من شرب في إناء ذهب وفضة فكأنما يخرج في بطنه نار جهنم » وعلى هذا الحجرة والملعة والمدن والميل والمكحلة والمرأة ونحو ذلك ، والنصوص وإن وردت في الشرب فالباقي في معناه لاستوائهم في الاستعمال ، والجامع أنه زى المتكبرين وتنعم المترفين ، وأنه منهي عنه فيعم الكل (ويستوى فيه الرجال والنساء) لعموم النهي ، وعليه الإجماع .

(١) قال الشعبي نقلا عن الاتقاني « كلاب » بالكاف وتخفيف اللام على وزن غراب :

اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به واقعة عظيمة العرب .

وَلَا بِأَسَ بَآئِيَةِ الْعَقِيقِ وَالْبِلُّورِ وَالزُّجَاجِ وَالرَّصَاصِ ، وَيَجُوزُ (س) الشُّرْبُ فِي الْإِنَاءِ الْمُفَضَّضِ وَالْجُلُوسُ عَلَى السَّرِيرِ الْمُفَضَّضِ إِذَا كَانَ يَتَنَقَّى مَوْضِعَ الْفِضَّةِ

فصل في الاحتكار

وَيُكْرَهُ فِي أَقْوَاتِ الْآدَمِيِّينَ وَالْبَهَائِمِ فِي مَوْضِعٍ يَضُرُّ بِأَهْلِهِ ،

قال (ولا بأس بآنية العقيق والبلور والزجاج والرصاص) لأنه لا تنفاخر في ذلك فلم يكن في معناه . قال (ويجوز الشرب في الإناء المفضض والجلوس على السرير المفضض إذا كان يتنقى موضع الفضة) أى يتنقى فيه ذلك ، وقيل يتنقى أخذه باليد . وقال أبو يوسف : يكره ، وقول محمد مضطرب ، وعلى هذا الاختلاف والتفصيل السرج المفضض والكرسى ، والإناء المضرب بالذهب والفضة . لأبي يوسف أنه إذا استعمل جزءا من الإناء فقد استعمل كله فيكون مستعملا للذهب والفضة . ولأبي حنيفة أن الفضة في هذه الأشياء تابعة والعبرة للمتبع لا للتبع ، وصار كالعالم في الثوب ومسار الذهب في فص الخاتم ، وعلى هذا اللجام المفضض والركاب والثفر (١) ، أما اللجام من الفضة والركاب فحرام لأنه استعمل الفضة بعينها فلا يجوز ، ولا بأس بالانتفاع بالأواني المموهة بالذهب والفضة بالإجماع ، لأن الذهب والفضة مستهلك فيه لا يخلص فصار كالعدم ، والأشنان والدهن يكون في إناء فضة أو ذهب يصب منه على اليد . قال محمد : أكره ولا أكره ذلك في الغالبية لأنه يدخل يده أو عودا فيخرجها إلى الكف ثم يستعملها من الكف فلا يكون مستعملا للإناء ، ولا كذلك الدهن والأشنان فإنه يكون مستعملا به بالصب منه .

فصل في الاحتكار

وهو مصدر احتكرت الشيء إذا جمعته وحبسته ، والاسم الحكرة بضم الحاء . قال (ويكره في أقوات الآدميين والبهائم في موضع يضر بأهله) والأصل في ذلك قوله تعالى - ومن يرد فيه بالحاد بظلم نذقه من عذاب أليم - قال عمر رضى الله عنه : لا تحتكروا الطعام بمكة فإنه لحاد ، وما روى ابن عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « الجالب مرزوق والمحتر محروم » وفي رواية « ملعون » وعنه عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر طعاما أربعين يوما فقد برئ من الله وبرئ الله منه » وروى أبو أمامة الباهلي « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى أن يحتكر الطعام » وروى عمر عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجدام والإفلاس » ولأن فيه تضيقا

(١) قوله والثفر ، قال في القاموس : الثفر بالتحريك : السير في مؤخر السرج وقد يسكن .

ولا احتكارَ في غلَّة ضيَّعته وما جلبته (سم) ؛ وإذا رُفِعَ إلى القاضي حالُ المحتكرِ يأمرهُ ببيع ما يفضلُ عن قوته وعياله ، فإن امتنع باعَ عليه . ولا ينبغي للسلطان أن يسعرَ على الناس إلا أن يتعدَّى أرباب الطعام تعدّيا فاحشا في القيمة فلا بأسَ بذلكَ بمشورة أهل الخبرة به ؛

على الناس فلا يجوز . والاحتكار أن يبتاع طعاما من المصر أو من مكان يجلب طعامه إلى المصر ويحبسه إلى وقت الغلاء ، وشرطه أن يكون مصرا يضرب به الاحتكار لأنه تعلق به حق العامة ، وشرط بعضهم الشراء في وقت الغلاء وينتظر زيادة الغلاء والكل مكروء . والحاصل أن يكون يضرب بأهل تلك المدينة حتى لو كان مصرا كبيرا لا يضرب بأهله فليس بمحتكر لأنه حبس ملكه ولا ضرر فيه بغيره ، وعلى هذا التفصيل تلقى الجواب . لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عنه . قال (ولا احتكار في غلة ضيعته وما جلبه) أى من مكان بعيد من المصر أو ما زرعه ، لأن له أن لا يجلب ولا يزرع فله أن لا يبيع . وقال أبو يوسف : يكره فيما جلبه أيضا لعموم النهي . وقال محمد : يكره إذا اشتراه من موضع يجلب منه إلى المصر في الغالب لتعلق حق العامة به ، وما لا فلا . قال (وإذا رفع إلى القاضي حال المحتكر يأمره ببيع ما يفضل عن قوته وعياله ، فإن امتنع باع عليه) لأنه في مقدار قوته وعياله غير محتكر ويترك قوتهم على اعتبار السعة ؛ وقيل إذا رفع إليه أول مرة نهاه عن الاحتكار ، فإن رفع إليه ثانيا حبسه وعزّره بما يرى زجرا له ودفعاً للضرر عن الناس . قال محمد : أجبر المحتكرين على بيع ما احتكروا ولا أسعر ، ويقال له : بيع كما يبيع الناس وبزيادة يتغابن في مثلها ولا أتركه يبيع بأكثر . والأصل في ذلك ما روى « أن السعر غلا بالمدينة فقالوا : يا رسول الله لو سمرت ؟ فقال : إن الله هو المسعر » ولأن التسعير تقدير الثمن وإنه نوع حجر . وقول محمد : أجبرهم على البيع يحتمل وجهين : إما لما فيه من المصلحة العامة أو بناء على قولهما في الحجر . قال (ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس) لما بينا . قال (إلا أن يتعدّى أرباب الطعام تعدّيا فاحشا في القيمة فلا بأس بذلك بمشورة أهل الخبرة به) لأن فيه صيانة حقوق المسلمين عن الضياع ، وقد قال أصحابنا : إذا خاف الإمام على أهل مصر الضياع والهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردّوا مثله ، وليس هذا حجرا وإنما هو للضرورة كما في الخمصة ، ولو سعر السلطان على الخبازين انجز فاشترى رجل منهم بذلك السعر والخباز يخاف إن نقصه ضربه السلطان لا يحل أكله لأنه في معنى المكروه ، وينبغي أن يقول له : بمعنى بما تحب ليصح البيع ؛ ولو اتفق أهل بلد على سعر الخبز واللحم وشاع بينهم فدفع رجل إلى رجل منهم درهما ليعطيه فأعطاه أقل من ذلك والمشتري لا يعلم رجوع عليه بالتقصان من الثمن ، لأنه ما رضى إلا بسعر البلد .

وَلَا بِأَسَ بَيْعِ الْعَصِيرِ مِمَّنْ يَعْلَمُ أَنَّهُ يَتَّخِذُهُ حِمْرًا ؛ وَمَنْ حَمَلَ حِمْرًا لِدِمِّيَّ طَابَ (سَم) لَهُ الْأَجْرُ ، وَلَا بِأَسَ بَيْعِ السَّرْقِينَ ، وَلَا بِأَسَ بَيْعِ بِنَاءِ بَيُوتِ مَكَّةَ ، وَيُكْرَهُ بَيْعُ (سَم) أَرْضِهَا ؛

وقال أبو يوسف : الاحتكار في كل ما يضرّ بالعامّة نظرا إلى أصل الضرر . وقال محمد : الاحتكار في أقوات الآدميين كالتمر والحنطة والشعير ، وأقوات البهائم كالقوت نظرا إلى الضرر المقصود . واختلفوا في مدة الاحتكار ، قيل أقلها أربعون يوما كما ورد في الحديث وما دون ذلك فليس باحتكار لعدم الضرر بالمدة القصيرة ؛ وقيل أقله شهر لأن ما دونه عاجل ، ثم قيل يأثم بنفس الاحتكار وإن قلت المدة ، وإنما بيان المدة لبيان أحكام الدنيا .

فالحاصل أن التجارة في الطعام مكروه فانه يوجب المقت في الدنيا والإثم في الآخرة . قال (ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمر) لأن المعصية لا تقوم بعينه بل بعد تغيره . قال (ومن حمل خمرًا لديمي طاب له الأجر) وقالوا : يكره لأنه أعانه على المعصية . وفي الحديث « لعن الله في الخمر عشرا » وعدّ منهم حاملها . وله أن المعصية شر بها ، وليس من ضرورات الحمل وهو فعل فاعل مختار ، ومحمل الحديث الحمل لقصد المعصية حتى لو حملها ليريقها أو ليخللها جاز ، وعلى هذا الخلاف إذا آجر بيتا ليتخذه بيت نار أو بيعة أو كنيسة في السواد . لهما أنه أعانه على المعصية ، وله أن العقد ورد على منفعة البيت حتى وجبت الأجرة بالتسليم وليس بمعصية ، والمعصية فعل المستأجر وهو مختار في ذلك . قال (ولا بأس ببيع السرقين) لأنه منتفع به يلقي في الأراضي طلبا لكثرة الربح ، ويجرى فيه الشحّ والضنة وتبذل الأعواض في مقابلته فكان مالا فيجوز بيعه كسائر الأموال ، بخلاف العذرة فانه لا ينتفع بها إلا بعد الخلط ، وبعد الخلط يجوز بيعها وهو المختار ، ويجوز الانتفاع بعد الخلط بها كزيت وقعت فيه نجاسة . قال (ولا بأس ببيع بيوت مكة ويكره بيع أرضها) وكذا الإجارة . وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز بيع دور مكة وفيها الشفعة ، ويكره إيجارها في الموسم ، وقالوا : لا بأس ببيع أرضها لأنها مملوكة لهم لاختصاصهم بها لاختصاص الشرعي فيجوز كالبنا . وله ما روى ابن عمر أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « مكة حرام وبيع رباعها حرام » وروى الدارقطني بإسناده أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « مكة مباح لاتباع رباعها ولا تؤاجر بيوتها » قال الدارقطني : وكانت تدعى على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر السوائب ، من شاء سكن ومن استغنى أسكن ، ولأنها من الحرم يحرم صيدها ، ولا يحل دخولها لناسك إلا باحرام فيحرم بيعها كالكعبة والصفاء والمروة والمسعى ، وإنما جاز بيع البناء لأن البقعة محرمة ، وقفها إبراهيم صلوات الله عليه ، والبناء ملك لمن أحدثه فيجوز تصرفه فيه ، والطين وإن كان من الأرض وهو من جملة

وَيُقْبَلُ فِي الْمَعَامَلَاتِ قَوْلُ الْفَاسِقِ ، وَلَا يُقْبَلُ فِي الدِّيَانَاتِ إِلَّا قَوْلُ الْعَدْلِ حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى . وَيُقْبَلُ فِي الْهَدِيَّةِ وَالْإِذْنِ قَوْلُ الصَّبِيِّ وَالْعَبْدِ وَالْأَمَةِ .

وَيَعْزَلُ عَنْ أُمَّتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهَا ، وَعَنْ زَوْجَتِهِ بِإِذْنِهَا ؛ وَيُكْرَهُ اسْتِخْدَامُ الْخَصِيَّانِ ؛ وَيُكْرَهُ اللَّعِبُ بِالرَّدِّ وَالشَّطْرَنْجِ وَكُلِّ لَهْوٍ ،

الوقف ، لكن من أخذ طين الوقف فعمله لبناء ملكه وصار كسائر أملاكه . ووجه رواية لحسن أن الناس يتبايعونها في سائر الأعصار من غير إنكار . قال (ويقبل في المعاملات قول الفاسق) لأنها يكثر وجودها من الناس ، فلو شرطنا العدالة حرج الناس في ذلك ، وما في الدين من حرج ، فيقبل قول الواحد عدلا كان أو فاسقا ، حرا كان أو عبدا ، ذكرا أو أنثى ، مسلما أو كافرا دفعا للحرج . قال (ولا يقبل في الديانات إلا قول العدل حرا كان أو عبدا ، ذكرا أو أنثى) لأن الصدق فيه راجح باعتبار عقله ودينه ، سيما فيما لا يجلب له نفعاً ولا يدفع عنه ضرراً ، ولهذا قبلت رواية الواحد العدل للأخبار النبوية ، وإنما اشترطنا العدالة لأنها مما لا يكثر وقوعها كثرة المعاملات ، ولأن الفاسق منهم والكافر غير ملتزم لها فلا يلزم المسلم بقوله ، بخلاف المعاملات فإنه لا مقام له في دارنا إلا بالمعاملة ، ولا معاملة إلا بقبول قوله ، ولا كذلك الديانات والمعاملات كالأخبار بالذبيحة والوكالة والهبة والهدية والإذن ونحو ذلك ، والديانات كالأخبار بجهة القبلة وطهارة الماء ، ولو أخبره ذمي بنجاسة الماء لم يقبل قوله ، لأن الظاهر كذبه لإضرار المسلم للعداوة الدينية ولا يتحرى ، فإن وقع في قلبه صدقه لا يتييم ما لم يرق الماء ، وإن توضأ به جاز ؛ ولو أخبره بذلك فاسق أو من لا تعرف عدالته ، فإن غلب على ظنه صدقه سمع قوله وإلا فلا ، والأحوط أن يريقه ويتيمم . قال (ويقبل في الهدية والإذن قول الصبي والعبد والأمة) للحاجة إلى ذلك ، وعليه الناس من لدن الصدر الأول إلى يومنا .

فصل في مسائل مختلفة

قال (ويعزل عن أمته بعير إذنها ، وعن زوجته بإذنها) لأن للزوجة حقاً في الوطء لقضاء الشهوة وتحصيل الولد حتى يثبت لها الخيار في الحب والعنة ولا حق للأمة ، وقد نهى عليه الصلاة والسلام عن العزل عن الحرة إلا بإذنها ، وقال لمولى الأمة « عزل عنها إن شئت » . قال (ويكره استخدام الخصيان) لأنه تحريض على الخشاء المنهى عنه لكونه مثله . قال (ويكره اللعب بالرّد والشطرنج وكلّ لهو) قال عليه الصلاة والسلام « كلّ لعب ابن آدم حرام إلا ثلاثاً : ملاعبة الرجل مع امرأته ، ورميه عن قوسه ، وتأديبه فرسه »

وَوَصَلَ الشَّعْرَ بِشَعْرِ الْآدَمِيِّ حَرَامٌ ؛ وَيَكْرَهُ أَنْ يَدْعُوَ اللَّهَ إِلَّا بِهِ ، أَوْ يَقُولَ
فِي دُعَائِهِ : أَسْأَلُكَ بِمَقْعَدِ الْعِزِّ مِنْ عَرْشِكَ ، وَرَدَّ السَّلَامَ فَرِيضَةً عَلَى كُلِّ
مَنْ سَمِعَ السَّلَامَ إِذَا قَامَ بِهِ بَعْضُ الْقَوْمِ سَقَطَ عَنِ الْبَاقِينَ . وَالتَّسْلِيمُ سُنَّةٌ
وَتَوَابُ الْمُسْلِمِ أَكْثَرُ ؛

ولأنه إن قام عليه فهو ميسر وإلا فهو عبث والكل حرام ، وقال عليه الصلاة والسلام
« لست من دد ولا الدد مني » أى اللعب ، وقال عليه الصلاة والسلام « ما أهلك عن ذكر
الله فهو ميسر » وهذا اللعب مما يلهي عن الجمع والجماعات فيكون حراما . وعن عليّ
رضي الله عنه أنه مرّ على قوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم وقال : ما هذه التماثيل التي
أنتم لها عاكفون ؟ . وعن ابن عمر مثله . ولم ير أبو حنيفة بأسا بالسلم عليهم ليشغلهم عن
اللعب ، وكرها ذلك استحقاقا بهم وإهانة لهم . والجوز الذي يلعب به الصبيان يوم العيد
يؤكل إن لم يكن على سبيل المقامرة ، لما روى أن ابن عمر كان يشتري الجوز لصبيانه يوم
الفطر يلعبون به وكان يأكل منه ، فان قامروا به حرم . قال (ووصل الشعر بشعر الآدمي
حرام) سواء كان شعرها أو شعر غيرها لقوله عليه الصلاة والسلام « لعن الله الواصلة
والمستوصلة والواشمة والمستوشمة والواشرة والموشرة والنامصة والمنتمصة » فالواصلة : التي
تصل الشعر بشعر الغير ، أو التي توصل شعرها بشعر آخر زورا ؛ والمستوصلة : التي
توصل لها ذلك بطلبها ؛ والواشمة : التي تشم في الوجه والذراع ، وهو أن تغرز الجلد بإبرة
ثم يحشى بكحل أو نيل فيزرق ؛ والمستوشمة التي يفعل بها ذلك ؛ والواشرة التي تفلج
أسنانها : أي تحدها وترقق أطرافها تفعله العجوز تشبه بالشواب ؛ والموشرة : التي يفعل
بها بأمرها ؛ والنامصة : التي تنتف الشعر من الوجه ؛ والمنتمصة : التي يفعل بها ذلك
قال (ويكره أن يدعو الله إلا به) فلا يقول أسألك بفلان أو بملائكتك أو بأنبيائك ونحو ذلك
لأنه لاحق للمخلوق على الخالق (أو يقول في دعائه : أسألك بمقعد العز من عرشك)
وعن أبي يوسف أنه يجوز ، فقد جاء في الأثر : اللهم إني أسألك بمقعد العز من عرشك
ومنهى الرحمة من كتابك ، وباسمك الأعظم وكلماتك الثامنة . ووجه الظاهر أنه يوهم تعلق
عزه بالعرش ، وصفات الله تعالى جميعها قديمة بقدمه ، فكان الاحتياط في الإمساك عنه ،
وما رواه خبر آحاد لا يترك به الاحتياط (وردّ السلام فريضة على كل من سمع السلام إذا
قام به بعض القوم سقط عن الباقيين ، والتسليم سنة) والردّ فريضة لأن الامتناع عن الردّ
إهانة بالمسلم واستخفاف به وإنه حرام (وثواب المسلم أكثر) قال عليه الصلاة والسلام
« للبادي من الثواب عشرة ، وللردّ واحدة » ولا يصح الردّ حتى يسمعه المسلم ، لأنه إنما
يكون جوابا إذا سمعه المخاطب إلا أن يكون أصمّ فينبغي أن يردّ عليه بتحريك شفته ؛

وَيُكْرَهُ السَّلَامُ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ ، وَلَا بِأَسْ بَرْدِ السَّلَامِ عَلَى أَهْلِ الذِّمَّةِ
وَمَنْ دَعَاهُ السُّلْطَانُ أَوْ الْأَمِيرُ لِيَسْأَلَهُ عَنْ أَشْيَاءَ لَا يَنْبَغِي أَنْ يَتَكَلَّمَ بِتَغْيِيرِ
الْحَقِّ ؛ وَاسْتِمَاعِ الْمَلَاهِي حَرَامٌ ؛

وكذلك تسميت العاطس ؛ ولو سلم على جماعة فيهم صبي فرد الصبي إن كان لا يعقل
لا يصح ، وإن كان يعقل هل يصح ؛ فيه اختلاف ، ويجب على المرأة رد سلام الرجل
ولا ترفع صوتها لأنه عورة ، وإن سلمت عليه ؛ فإن كانت عجوزا رد عليها ، وإن كانت
شابة رد في نفسه ؛ وعلى هذا التفصيل تسميت الرجل المرأة وبالعكس ؛ ولا يجب رد
سلام السائل لأنه ليس للتحية بل شعار السؤال ؛ ومن بلغ غيره سلام غائب ينبغي أن يرد
عليهما . وروى أن الحسن بن علي رضي الله عنهما قال « يا رسول الله إن أبي يسلم عليك .
قال : عليك وعلى أبيك السلام » ولا ينبغي أن يسلم على من يقرأ القرآن لأنه يشمله عن
قراءته ، فإن سلم عليه يجب عليه الرد لأنه فرض والقراءة لا . وذكر الرازي في أدب القضاء
أن من دخل على القاضي في مجلس حكمه وسعه أن يترك السلام عليه هيئة له واحتشادا .
وبهذا جرى الرسم أن الولاة والأمراء إذا دخلوا عليهم لا يسلمون . وإليه مال الخصاص .
وعلى الأمير أن يسلم ولا يترك السنة لتقليد العمل . وإن جلس ناحية من المسجد للحكم
لا يسلم على الخصوم ولا يسلمون عليه ، لأنه جلس للحكم والسلام تحية الزائرين . فينبغي
أن يشتغل بما جلس لأجله كالذي يقرأ القرآن ، وإن سلموا لا يجب عليه الرد . وعلى هذا
من جلس يفقه تلامذته ويقرئهم القرآن فدخل عليه داخل فسلم وسعه أن لا يرد . لأنه إنما
جلس للتعليم لا الرد السلام . قال (ويكره السلام على أهل الذمة) لما فيه من تعظيمهم وهو
مكروه ، وإذا اجتمع المسلمون والكفار يسلم عليهم وينوي المسلمون . ولو قال : السلام
على من اتبع الهدى يجوز (ولا بأس برد السلام على أهل الذمة) لأن الامتناع عنه يؤذيهم
والرد إحسان وإيذاؤهم مكروه والإحسان بهم مندوب ، ولا يزيد في الرد على قوله :
وعليكم ، فقد قيل إنهم يقولون : السام عليكم ، فيجيبون بقوله وعليكم ، وهكذا نقل عنه
عليه الصلاة والسلام أنه رد عليهم ، ولا بأس بعبادتهم اقتداء برسول الله صلى الله عليه
وسلم ، ولأن فيه برهم ومانهين عنه ؛ ولو قال للذمي : أطال الله بقاءك ، إن نوى أنه يطيله
ليسلم أو ليؤدّي الجزية جاز لأنه دعاء بالإسلام ، وإلا لا يجوز (ومن دعاه السلطان أو الأمير
ليسأله عن أشياء لا ينبغي أن يتكلم بغير الحق) قال عليه الصلاة والسلام « من تكلم عند
ظالم بما يرضيه بغير حق يغير الله قلب الظالم عليه ويسلطه عليه » أما إذا خاف القتل أو تلف
بعض جسده أو أن يأخذ ماله ، فحينئذ يسعه ذلك لأنه مكروه . قال (واستماع الملاحى
حرام) كالضرب بالقضيب والدف والمزمار وغير ذلك . قال عليه الصلاة والسلام « استماع

وَيُكْرَهُ تَعْشِيرُ الْمُصْحَفِ وَنَقْطُهُ ، وَلَا بَأْسَ بِتَحْلِيَّتِهِ ، وَلَا بَأْسَ بِنَقْشِ
الْمَسْجِدِ ، وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الذِّمَى الْمَسْجِدَ الْحَرَامَ أَوْ غَيْرَهُ مِنَ الْمَسَاجِدِ .

صوت الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر ، الحديث خرج مخرج
التشديد وتغليظ الذنب ، فان سمعه بقتة يكون معذورا ، ويجب أن يجتهد أن لا يسمعه لما
روى « أنه عليه الصلاة والسلام أدخل أصبعيه في أذنيه لئلا يسمع صوت الشبابة (١) » . وعن
الحسن بن زياد : لا بأس بالدف في العرس ليشتهر ويعلن النكاح . وسئل أبو يوسف أيكره
الدف في غير العرس تضربه المرأة للصبي في غير فسق ؟ قال لا ، فأما الذي يجيء منه
الفاحش للغناء فإني أكرهه . وقال أبو يوسف : في دار يسمع منها صوت المزامير والمعاظف
أدخل عليهم بغير إذنه لأن النهي عن المنكر فرض ، ولو لم يجز الدخول بغير إذن لامتنع
الناس من إقامة هذا الفرض . رجل أظهر الفسق في داره يابغي للإمام أن يتقدم عليه ، فان
كف عنه وإلا إن شاء حبسه أو ضربه سيطا ، وإن شاء أزعجه عن داره . ومن رأى منكرا
وهو ممن يرتكبه يلزمه أن ينهى عنه ، لأنه يجب عليه ترك المنكر والنهي عنه ، فاذا ترك
أحدهما لا يسقط عنه الآخر ، والمغني والقوالم والناتحة أن أخذ المال بغير شرط يباح له ، وإن كان
يشرط لا يباح لأنه أجر على معصية . قال (ويكره تعشير المصحف ونقطه) لقول ابن
مسعود وغيره من الصحابة رضي الله عنهم : جردوا المصاحف ، ويروى : جردوا القرآن ،
والنقط والتعشير ليس من القرآن فيكون منها عنه . قال (ولا بأس بتحليته) لأنه تعظيم له
(ولا بأس بنقش المسجد) وقيل هو قرينة حسنة ، وقيل مكروه والأول أصح لأنه
تعظيم له . وأما التجصيص فحسن لأنه إحكام للبناء ، ويكره للزينة على المحراب لما فيه من
شغل قلب المصلي بالنظر إليه ، إذا جعل البياض فوق السواد أو بالعكس للنقش لا بأس به
إذا فعله من مال نفسه ولا يستحسن من مال الوقف لأنه تضييع ، وتكره الخياطة وكل
عمل من أعمال الدنيا في المسجد لأنه ما بنى لذلك ولا وقف له ، قال تعالى - في بيوت أذن
الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه - والجلوس فيه ثلاثة أيام للتعزية مكروه ، وقد رخص ذلك
في غير المسجد ، ولو جلس للعلم أو النسخ يكتب في المسجد لا بأس به إن كان حسبة ،
ويكره بالأجر إلا عند الضرورة بأن لا يجد مكانا آخر وكانوا يكرهون غلق باب المسجد ولا
بأس به في زماننا في غير أوقات الصلاة لفساد أهل الزمان فانه لا يؤمن على متاع المسجد .
قال (ولا بأس بدخول الذمي المسجد الحرام أو غيره من المساجد) لما روى « أنه صلى الله
عليه وسلم أنزل وفد ثقيف في المسجد وكانوا كفارا وقال : ليس على الأرض من نجسهم
شيء » وتأويل الآية أنهم لا يدخلون مستولين أو طائفين عراة كما كانت عادتهم .

(١) قال في المنجد : الشبابة : نوع من الزمار

وَالسَّنَّةُ : تَقْلِيمُ الْأَظْفَارِ ، وَتَنْتِفُ الْإِبْطِ ، وَحَلَقُ الْعَانَةِ وَالشَّارِبِ ، وَقَصُّهُ أَحْسَنُ

فصل

(والسنة : تقليم الأظفار ، وتنتف الإبط ، وحلق العانة والشارب ، وقصه أحسن) وهذه من سنن الخليل صلوات الله عليه ، وفعلها نبينا صلى الله عليه وسلم وأمر بها ، وقيل أول من قصّ الشارب واختن وقلم الأظفار ورأى الشيب إبراهيم عليه السلام . قال الطحاوي في شرح الآثار : قصّ الشارب حسن ، وهو أن تأخذ حتى ينتقص عن الإطار وهو الطرف الأعلى من الشفة العليا . قال (١) : والحلق سنة وهو أحسن من القص وهو قول أصحابنا . قال عليه الصلاة والسلام « أحفوا الشارب واعفوا اللحى » والاحفاء الاستئصال ، وإعفاء اللحى ، قال محمد عن أبي حنيفة : تركها حتى تكث وتكثر والتقصير فيها سنة ، وهو أن يقبض الرجل لحيته فما زاد على قبضته قطعه لأن اللحية زينة وكثرتها من كمال الزينة وطولها الفاحش خلاف السنة ؛ والسنة التتف في الإبط ولا بأس بالحلق ، ويتبدى في حلق العانة من تحت السرّة ؛ وإذا قصّ أظفاره أو حلق شعره ينبغي أن يدفنه . قال تعالى - ألم نجعل الأرض كفاتا أحياء وأمواتا - وإن ألقاه فلا بأس به . ويكره إلقاءه في الكيف والمغتسل ، قالوا : لأنه يورث المرض . وتوفير الأظفار والشارب مندوب إليه في دار الحرب ليكون أهيب في عين العدو ، والأظافر سلاح عند عدم السلاح ، والختان للرجال سنة وهو من الفطرة ، وهو للنساء مكرمة ، فلو اجتمع أهل مصر على ترك الختان قاتلهم الإمام لأنه من شعائر الإسلام وخصائصه . واختلفوا في وقته ، قيل حتى يبلغ ، وقيل إذا بلغ تسع سنين ، وقيل عشا ، وقيل متى كان يطيق ألم الختان ختن وإلا فلا ، ولو ولد وهو يشبه المختون لا يقطع منه شيء حتى يكون ما يورى الحشفة ، ولا بأس بثقب أذن البنات الأطفال لأنه لإيلاء لمنفعة الزينة وإيصال الألم إلى الحيوان لمصلحة تعود إليه جائز كالختان والحجامة وبط القرحة (٢) وقد فعل ذلك في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهم . امرأة حامل اعترض الولد في بطنها ولا يمكن استخراجه إلا بأن يقطع ويخاف على الأم ، إن كان ميتا لا بأس به ، وإن كان حيا لا يجوز . امرأة ماتت وهي حامل فاضطرب الولد في بطنها ، فإن كان أكبر الرأي أنه حتى يشقّ بطنها من الجانب الأيسر ، لأنه تسبب إلى إحياء نفس محترمة . عن محمد رجل ابتلع درّة أو دنانير لرجل ومات ولم يترك مالا

(١) قال : أي الطحاوي اهـ .

(٢) بط القرحة : شقها اهـ .

وَلَا بَأْسَ بِدُخُولِ الْحَمَّامِ لِلرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ إِذَا اتَّزَرَ وَغَضَّ بَصَرَهُ .

فصل

تَجُوزُ الْمُسَابَقَةُ عَلَى الْأَقْدَامِ وَالْخَيْلِ وَالْبِغَالِ وَالْحَمِيرِ وَالْإِبِلِ وَبِالرَّمْيِ ،

لا يشقّ بطنه وعليه قيمته لأنه لا يجوز إبطال حرمة الآدمي لصيانة المال . وروى الجرجاني عن أصحابنا أنه يشقّ لأن حقّ العبد مقدّم على حقّ الله تعالى ومقدّم على حقّ الظالم المتعدّي . امرأة عابجت في إسقاط ولدها لاتأثم ما لم يستبن شيء من خلقه . شاة دخل قرنّها في قدر وتعذر إخراجها ينظر أيهما أكثر قيمة يؤمر بدفع قيمة الآخر فيملكه ثم يتلف أيهما شاء . ويكره تعليم البازي وغيره من الجوارح بالطير الحيّ يأخذه فيعذّبه ، ولا بأس بتعليمه بالمذبوح . قال (ولا بأس بدخول الحمام للرجال والنساء إذا اتزر وغضّ بصره) لما فيها من معنى النظافة والزينة وتوارث الناس ذلك من غير نكير . وعمز الأعضاء في الحمام مكروه لأنه عادة المترفين والمتكبرين إلا من عذر ألم أو تعب فلا بأس به ؛ ويكره القعود على القبور لورود النهي عنه ؛ ويكره الإشارة إلى الهلال عند رؤيته لأنه من عادة الجاهلية كانوا يفعلونه تعظيماً له . أما إذا أشار إليه ليريه صاحبه فلا بأس به ، ولا يحمل الخمر إلى الخيل ويحمل الخيل إليها ، ولا تحمل الحيفة إلى الهرة وتحمل الهرة إليها ، ولا يحمل سراج المسجد إلى بيته ، ولا بأس بحملها من البيت إلى المسجد ، ولا يقود أباه النصراني إلى البيعة ويقوده من البيعة إلى البيت ؛ وتستحبّ القيلولة وذلك بين المنجلين (١) ، قال عليه الصلاة والسلام « قيلولوا فإنّ الشيطان لا يقبل » . رجل يختلف إلى أهل الظلم والشرّ ليدفع عنه ظلمه وشرّه إن كان مشهوراً ممن يقتدى به كره له ذلك ، لأنّ الناس يظنون أنه يرضى بأمره ، فيكون مذلة لأهل الحقّ ؛ وإن لم يكن مشهوراً لا بأس به إن شاء الله تعالى .

فصل

(تجوز المسابقة على الأقدام والخيل والبغال والحمير والإبل وبالرمي) والأصل فيه حديث أبي هريرة أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قال « لاسبق إلا في خوف أو نصل أو حافر » والمراد بالخلف الإبل ، وبالنصل الرمي ، وبالحافر الفرس والبغل والحصان . وعن الزهري قال : كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله عليه الصلاة والسلام في الخيل والركاب والأرجل ، ولأنه مما يحتاج إليه في الجهاد للكرّ والفرّ ، وكل ما هو من أسباب الجهاد فتعلمه مندوب إليه .

(١) قوله بين المنجلين : كلنا بالأصل .

فَإِنْ شُرِطَ فِيهِ جُعِلَ مِنْ أَحَدِ الْجَانِبَيْنِ أَوْ مِنْ ثَالِثٍ لَأَسْبَقَهُمَا فَهُوَ جَائِزٌ .
وَإِنْ شُرِطَ مِنَ الْجَانِبَيْنِ فَهُوَ قِمَارٌ إِلَّا أَنْ يَكُونَ بَيْنَهُمَا مُحَلَّلٌ بِفَرَسٍ كُفٍ
لِفَرَسَيْهِمَا يَتَوَهَّمُ سَبْقُهُ لِحَدٍّ مِنْهُمَا إِنْ سَبَقَهُمَا أَخَذَ مِنْهُمَا ، وَإِنْ سَبَقَهُ لَمْ
يُعْطِهِمَا ، وَفِيَا بَيْنَهُمَا أَيُّهُمَا سَبَقَ أَخَذَ مِنْ صَاحِبِهِ ، وَعَلَى هَذَا التَّفْصِيلِ
إِذَا اخْتَلَفَ فَتَقِيَهُانِ فِي مَسْأَلَةٍ وَأَرَادَا الرُّجُوعَ إِلَى شَيْخٍ وَجَعَلَا عَلَى ذَلِكَ جُعَلًا .

وكانت العضباء ناقة رسول الله عليه الصلاة والسلام لاتسبق ، فجاء أعرابي على قعود فسبقها
فشق ذلك على المسلمين ، فقال عليه الصلاة والسلام « ما رفع الله شيئا إلا وضعه » وفي
الحديث « تسابق رسول الله عليه الصلاة والسلام وأبو بكر وعمر فسبق رسول الله صلى الله
عليه وسلم ، وصلى (١) أبو بكر وثلاث عمر » وعن النبي صلى الله عليه وسلم « لا تخضر
الملائكة شيئا من الملاهي سوى النصال والرهان » أى الرمي والمسابقة . قال (فان شرط فيه
جعل من أحد الجانبين أو من ثالث لأسبقهما فهو جائز) وذلك مثل أن يقول أحدهما
لصاحبه : إن سبقتني أعطيتك كذا ، وإن سبقتك لا آخذ منك شيئا ، أو يقول الأمير
لجماعة فرسان من سبق منكم فله كذا ، وإن سبق لاشيء عليه ؛ أو يقول لجماعة الرماة :
من أصاب الهدف فله كذا ، وإنما جاز في هذين الوجهين لأنه تحريض على تعليم آلة
الحرب والجهاد ، ولقوله عليه الصلاة والسلام « المؤمنون عند شروطهم » وفي القياس
لا يجوز لأنه تعليق المال بالخطر . قال (وإن شرط من الجانبين فهو قمار) وإنه حرام (إلا
أن يكون بينهما محلل بفرس كفف لفرسيهما يتوهم سبقه لهما ، إن سبقهما أخذ منهما ،
وإن سبقاه لم يعطهما ، وفيما بينهما أيهما سبق أخذ من صاحبه) وإنما جاز ذلك لأنه بالمحلل
خرج عن أن يكون قمارا فيجوز لما ذكرنا ، وقيل في المحلل أن يكون إن سبقاه أعطاهما ،
وإن سبقهما لم يأخذ منهما وهو جائز أيضا لما ذكرنا ، ولولم يكن فرس المحلل مثلهما
لا يجوز لأنه لافائدة في إدخاله بينهما فلا يخرج من أن يكون قمارا . قال (وعلى هذا التفصيل
إذا اختلف فقيهان في مسألة وأرادا الرجوع إلى شيخ وجعل على ذلك جعلًا) لأنه لما جاز
في الأفراس لمعنى يرجع إلى الجهاد يجوز هنا للحث على الجهد في طلب العلم ، لأن الدين
يقوم بالعلم كما يقوم بالجهاد ، والمسابقة بالخيال للرياضة ما لم يتعبها مندوب إليه ، وكذلك
على الأقدام والرمي ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يدخل بالسهم الواحد الجنة
ثلاثة : صانعه ومنبله والراي به » رواه عتبة بن عامر الجهني ؛ ونخس الدابة وركضها
للجهاد وغيره من غرض صحيح لأبأس به ، وللتلهي مكروه ، وركض الدابة بتكلف

(١) قوله وصلى ، قال في القاموس : صلى الفرس : تلا السابق ؛ وقال أيضا : ثلث

الفرس : جاء بعد المصلى .

فصل في الكسب

للعرض على المشتري مكروه لأنه يغترّ بالمشتري . وفي الحديث « تضرب الدابة على النفار ولا تضرب على العثار » فان العثار يكون من سوء إمساك الراكب اللجام ؛ والنفار من سوء خلق الدابة فتؤدّب على ذلك . وعن عمر رضى الله عنه أنه كتب إلى سعد بن أبي وقاص : لا تخصين فرسا ولا تجرين فرسا ، ومعناه أن صهيل الفرس يرهّب العدو ، والخصي يمنعه لأنه حرام لأنهم تعارفوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا من غير نكير ، ويجوز شراء الخصي من الخيل وركوبه بالاتفاق ؛ ومعنى النهي الثاني . إجراء الفرس فوق ما يحتمله .

فصل في الكسب

قال محمد بن سماعة : سمعت محمد بن الحسن يقول : طلب الكسب فريضة كما أن طلب العلم فريضة ، وهذا صحيح لما روى ابن مسعود عن النبي عليه الصلاة والسلام قال « طلب الكسب فريضة على كل مسلم » وقال عليه الصلاة والسلام « طلب الكسب بعد الصلاة المكتوبة » أى الفريضة بعد الفريضة ، ولأنه لا يتوسل إلى إقامة الفرض إلا به فكان فرضا لأنه لا يتم من أداء العبادات إلا بقوة بدنه وقوة بدنه بالقوت عادة وخلقة . قال تعالى - وما جعلناهم جسدا لا يأكلون - وتحصيل القوت بالكسب ولأنه يحتاج في الطهارة إلى آلة الاستقاء والآنية ، ويحتاج في الصلاة إلى ما يستر عورته ، وكل ذلك إنما يحصل عادة بالاكتساب والرسول عليهم الصلاة والسلام كانوا يكتسبون ، فأدم زرع الحنطة وسقاها وحصدها وداسها وطحنها وعجنها وخبزها وأكلها ؛ ونوح كان نجارا ، وإبراهيم كان بزازا ، ودادود كان يصنع الدروع ، وسليمان كان يصنع المكاتل (١) من الخوص ، وزكريا كان نجارا ، ونبيينا رعى الغنم ، وكانوا يأكلون من كسبهم ، وكان الصديق رضى الله عنه بزازا ، وعمر يعمل في الأديم ، وعثمان كان تاجرا يجلب الطعام فيبيعه ، وعلى كان يكتسب فقد صح أنه كان يؤاجر نفسه ، ولا تلتفت إلى جماعة أنكروا ذلك وقعدوا في المساجد أعينهم طامحة وأيديهم مادية إلى ما في أيدي الناس يسمون أنفسهم المتوكلية ، وليسوا كذلك ، يتمسكون بقوله تعالى - وفي السماء رزقكم وما توعدون - وهم بمعناه وتأويله جاهلون ، فان المراد به المطر الذى هو سبب إنبات الرزق ، ولو كان الرزق ينزل علينا من السماء لما أمرنا بالاكتساب والسعى في الأسباب . قال تعالى - فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه - وقال تعالى - أنفقوا من طيبات ما كسبتم - .

(١) قوله المكاتل ، قال في المنجد : المكمل والمكتلة زنبيل من خوص والجيع مكاتل .

وأفضل أسباب الكسب : الجهاد ثم التجارة ثم الزراعة ثم الصناعة .

وفي الحديث « إن الله تعالى يقول : يا عبدى حرك يدك أنزل عليك الرزق » وقال تعالى - وهزى إليك بجذع النخلة تساقط عليك رطبا جنيا - وكان تعالى قادرا أن يرزقها من غير هز منها ، لكن أمرها ليعلم العباد أن لا يتركوا اكتساب الأسباب ، فإن الله تعالى هو الرزاق ونظير هذا خلق الإنسان ، فإن الله تعالى قادر على خلقه لامن سبب ولا في سبب كآدم عليه السلام ، ويخلق من سبب لاث سبب كحواء ، وقد يخلق في سبب لامن سبب كعيسى ، وقد يخلق من سبب في سبب كسائر بني آدم ؛ فطلب العبد الولد بالنكاح لا ينفى كون الخالق هو الله تعالى ، فكذلك طلبه الرزق بأسبابه لا ينفى كون الرازق هو الله تعالى ، والدلائل على ذلك كثيرة والأحاديث الواردة فيه متوافرة ، وكتابنا هذا يضيق عن استيعابها ، وفي هذا بلاغ ومقنع .

وطلب العلم فريضة ، قال عليه الصلاة والسلام « طلب العلم فريضة على كل مسلم ومسلمة » وهو أقسام : فرض ، وهو مقدار ما يحتاج إليه لإقامة الفرائض ومعرفة الحق من الباطل ، والحلال من الحرام ، وهو محمل الحديث ؛ ومستحب وقربة كتعليم ما لا يحتاج إليه ليعلم من يحتاج إليه كالفقير يتعلم أحكام الزكاة والحج ليعلمها من وجبا عليه ، وكذلك تعلم الفضائل والسنن كالأذان والإقامة والجماعة وسنة الختان ونحوها ، ومباح وهو الزيادة على ذلك للزينة والكمال ؛ ومكروه وهو التعلم ليهيئ به العلماء ويمارى به السفهاء ، قال عليه الصلاة والسلام « من تعلم علما ليهاى به العلماء ويمارى به السفهاء ألجم بلجام من نار يوم القيامة » ولذلك كره أبو حنيفة تعلم الكلام والمناظرة فيه وراء قدر الحاجة . والتعلم بقدر ما يحتاج إليه لإقامة الفرض فرض أيضا ، قال عليه الصلاة والسلام « من سئل عن علم عنده احتاج الناس إليه فكتمه ألجم يوم القيامة بلجام من نار » حتى قالوا : يجب على المولى أن يعلم عبده من القرآن والعلم بقدر ما يحتاج إليه لأداء الفرائض ، ويفترض العلماء تعليمه إلى أن يفهم المتعلم ويحفظه ويضبطه ، لأنه لا يتمكن من إقامة الفرائض إلا بالحفظ ؛ ولا يجب على الفقيه أن يجيب عن كل ما يسأل إذا كان هناك من يجيب غيره ، فإن لم يكن يلزمه الجواب ، لأن الفتوى والتعليم فرض كفاية . قال (وأفضل أسباب الكسب الجهاد) لأن فيه الجمع بين حصول الكسب وإعزاز الدين وقهر عدو الله تعالى (ثم التجارة) لأن النبي عليه الصلاة والسلام حث عليها فقال « التاجر الصدوق مع الكرام البررة » وقال « إن الله يحب التاجر الصدوق » (ثم الزراعة) وأول من فعله آدم عليه السلام ، وقال عليه الصلاة والسلام « الزارع يتاجر ربه » وقال « اطلبوا الرزق تحت خبايا الأرض » (ثم الصناعة) لأنه عليه الصلاة والسلام حرض عليها فقال « الحرفة أمان

« ثُمَّ هُوَ قَرْضٌ » ، وَهُوَ الْكَسْبُ بِقَدْرِ الْكِفَايَةِ لِنَفْسِهِ وَعِيَالِهِ وَقَضَاءِ دَيُونِهِ .
وَمُسْتَحَبٌّ ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ عَلَى ذَلِكَ لِيُوَاسِيَ بِهِ فَقِيرًا ، أَوْ يُجَازِيَ بِهِ قَرِيبًا .
وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ الزِّيَادَةُ لِلتَّجَمُّلِ وَالتَّنَعُّمِ . وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ الْجَمْعُ لِلتَّفَاخُرِ
وَالتَّكَاثُرِ وَالْبَطَرِ وَالْأَشْرِ وَإِنْ كَانَ مِنْ حِلٍّ .

أَمَّا الْأَكْلُ فَعَلَى مَرَاتِبَ : قَرْضٌ ، وَهُوَ مَا يَنْدَفِعُ بِهِ الْهَلَاكُ . وَمَأْجُورٌ
عَلَيْهِ ، وَهُوَ مَا زَادَ عَلَيْهِ لِيَتِمَّ كَنْ مِنَ الصَّلَاةِ قَائِمًا وَيَسْهَلَ عَلَيْهِ الصَّوْمُ .

من الفقر « ومنهم من فضل الزرع على التجارة لأنه أعم نفعاً ، قال عليه الصلاة والسلام
« ما زرع أو غرس مسلم شجرة فتناول منها إنسان أو دابة أو طير إلا كانت له صدقة »
(ثم هو) أنواع : (فرض ، وهو الكسب بقدر الكفاية لنفسه وعياله وقضاء ديونه) لما
بيننا أنه لا يتوسل إلى إقامة الفرض إلا به وهو قضاء الدين ونفقة من يجب عليه نفقته ، فإن
ترك الاكتساب بعد ذلك وسعه . قال عليه الصلاة والسلام « من أصبح آمناً في سربه معافى
في جسده عنده قوت يومه فكأنما حيزت له الدنيا بحذافيرها » وإن اكتسب ما يدخره لنفسه
وعياله فهو في سعة ، فقد صح أن النبي عليه الصلاة والسلام ادخر قوت عياله سنة .
(ومستحب ، وهو الزيادة على ذلك ليواسي به فقيراً ، أو يجازي به قريباً) فإنه أفضل من
التخلي لنفل العبادة ، لأن منفعة النفل تخصه ومنفعة الكسب له ولغيره ، وقال عليه الصلاة
والسلام « خير الناس من ينفع الناس » وقال عليه الصلاة والسلام « تباها العبادات فقالت
الصدقة أنا أفضلها » وقال عليه الصلاة والسلام « الناس عيال الله في الأرض وأحبيهم إليه
أنفهم لعياله » . (ومباح ، وهو الزيادة للتجمل والتنعيم) قال عليه الصلاة والسلام « نعم
المسال الصالح للرجل الصالح » وقال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا حلالاً متعقفاً
لقى الله تعالى ووجهه كالقمر ليلة البدر » . (ومكره ، وهو الجمع للتفاخر والتكاثر والبطر
والأشر وإن كان من حل) فقد قال عليه الصلاة والسلام « من طلب الدنيا مفاخرها مكاثراً
لقى الله تعالى وهو عليه غضبان » .

ثم اعلم أن الله تعالى خلق بني آدم خلقاً لا قوام له إلا بالأكل والشرب واللباس ، وكل
نهما ينقسم إلى : مباح ، ومحظور وغيرهما ، وأنا أبينه بتوفيق الله تعالى (أما الأكل فعلى
راتب : فرض ، وهو ما يندفع به الهلاك) لأنه لإبقاء البنية ، إذ لبقاء لها بدونه وبه
يتمكن من أداء الفرائض على ما مرّ ويؤجر على ذلك ، قال عليه الصلاة والسلام « إن الله
ليؤجر في كل شيء حتى اللقمة يرفعها العبد إلى فيه » فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك
فقد عصي ، لأن فيه إلقاء النفس إلى التهلكة ، وإنه منهي عنه في محكم التنزيل . قال
: ومأجور عليه ، وهو ما زاد عليه ليتمكن من الصلاة قائماً ويسهل عليه الصوم)

وَمُبَاحٌ . وَهُوَ مَا زَادَ عَلَى ذَلِكَ إِلَى الشَّبَعِ لِيَتَزَادَ قُوَّةُ الْبَدَنِ . وَحَرَامٌ . وَهُوَ الْأَكْلُ فَوْقَ الشَّبَعِ إِلَّا إِذَا قَصَدَ التَّقْوَى عَلَى صَوْمِ الْغَدِ أَوْ لَيْثًا يَسْتَحْيِ الضَّيْفُ ، وَلَا تَجُوزُ الرِّيَاضَةُ بِتَقْلِيلِ الْأَكْلِ حَتَّى يَضْعُفَ عَنْ أَدَاءِ الْفَرَائِضِ ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنْ أَكْلِ الْمَيْتَةِ حَالَةَ الْمُخْتَصَةِ ،

قال عليه الصلاة والسلام « المؤمن القوى أحبّ إلى الله تعالى من المؤمن الضعيف » ولأن الاشتغال بما يتقوى به على الطاعة طاعة . وسئل أبو ذرّ رضي الله عنه عن أفضل الأعمال فقال : الصلاة وأكل الخبز إشارة إلى ما قلنا . قال (ومباح ، وهو ما زاد على ذلك إلى الشبع لتزداد قوّة البدن) ولا أجر فيه ولا وزر ، ويحاسب عليه حسابا يسيرا إن كان من حلّ ، فقد روى « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام أتى بعرق فيه تمر ورطب فقال : إنكم لتحاسبون في هذا » فرفعه عمر ورفضه وقال : أفى هذا نحاسب ؟ فقال عليه الصلاة والسلام إى والله الذى نفسى بيده إنكم لتحاسبون يوم القيامة فى الماء البارد والماء الحار إلا خرقه تستر بها عورتك ، وكسرة خبز تردّ بها جوعتك ، وشربة ماء تطفى بها عطشك » وقال عليه الصلاة والسلام « يكنى ابن آدم لقيات يقمن صلبه ولا يلام على كفاف » . قال (وحرام ، وهو الأكل فوق الشبع) لأنه إضاعة للمال وإمراض للنفس ولأنه تذبذير وإسراف ، وقال عليه الصلاة والسلام « ما ملأ ابن آدم وعاء شراً من البطن ، فإن كان لا بدّ فثلث للطعام وثلث للشراب وثلث للنفس » وتجشأ رجل فى مجلس رسول الله صلى الله عليه وسلم فغضب عليه وقال « نحّ عنا جشاك » أما علمت أن أطول الناس عذابا يوم القيامة أكثرهم شبعاً فى الدنيا ؟ « وقيل لعمر : ألا تتخذ جوارشا ؟ فقال : وما يكون الجوارش ؟ قالوا : هاضوما يهضم الطعام ، قال : سبحان الله أو يأكل المسلم فوق الشبع ؟ . قال (إلا إذا قصد التقوى على صوم الغد) لأن فيه فائدة (أو لئلا يستحي الضيف) لأنه إذا أمسك والضعيف لم يشبع ربما استحي فلا يأكل حياء وخجلا ، فلا بأس بأكله فوق الشبع لئلا يكون ممن أساء القرى وهو مذموم عقلا وشرعا . قال (ولا تجوز الرياضة بتقليل الأكل حتى يضعف عن أداء الفرائض) قال عليه الصلاة والسلام « إن نفسك مطيتك فارفق بها » وليس من الرفق أن يجمعها ويذبيها ، وإن ترك العبادة لا يجوز فكذا ما يفضى إليه ، فأما تجويع النفس على وجه لا يعجز عن أداء العبادات فهو مباح وفيه رياضة النفس وبه يصير الطعام مشتهى ، بخلاف الأوّل فإنه إهلاك للنفس ؛ وكذا الشاب الذى يخاف الشبق لا بأس بأن يمتنع عن الأكل ليكسر شهوته بالجوع على وجه لا يعجز عن أداء العبادات على ما قال عليه الصلاة والسلام « فانه له وجاء » . قال (ومن امتنع من أكل الميتة خالة المحمصة ،

أَوْ صَامَ وَلَمْ يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ أَثِمَ ، وَمَنْ امْتَنَعَ مِنَ التَّدَاوِي حَتَّى مَاتَ لَمْ يَأْثِمَ .
وَلَا بِأَسَ بِالْتَّفَكُّهِ بِأَنْوَاعِ الْفَوَاحِيهِ ، وَتَرْكُهُ أَفْضَلُ . وَاتَّخَاذُ أَلْوَانِ الْأَطْعِمَةِ
وَالْبَاجَاتِ وَوَضْعُ الْخُبْزِ عَلَى الْمَائِدَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْحَاجَةِ سَرَفٍ ، وَوَضْعُ الْمَلْحَةِ
عَلَى الْخُبْزِ . وَمَسْحُ الْأَصَابِعِ وَالسَّكِينِ بِهِ مَكْرُوهٌ ، وَلَكِنْ يُتْرَكُ الْمِلْحُ
عَلَى الْخُبْزِ . وَسُنَنُ الطَّعَامِ الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ ، وَالْحَمْدَلَةُ فِي آخِرِهِ .

أَوْ صَامَ وَلَمْ يَأْكُلْ حَتَّى مَاتَ أَثِمَ (لَأَنَّهُ أَتْلَفَ نَفْسَهُ لِمَا بَيْنَا أَنَّهُ لَا بَقَاءَ لَهُ إِلَّا بِأَكْلِ ، وَالْمِيتَةِ
حَالَةً الْمُخْمَصَةِ إِمَّا حَلَالٍ أَوْ مَرْفُوعٍ الْإِثْمُ فَلَا يَجُوزُ الْامْتِنَاعُ عَنْهُ إِذَا تَعَيَّنَ لِإِحْيَاءِ النَّفْسِ .
وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ مَسْرُوقٍ وَجَمَاعَةٍ مِنَ الْعُلَمَاءِ وَالتَّابِعِينَ ، وَإِذَا كَانَ يَأْثِمُ بِتَرْكِ أَكْلِ الْمِيتَةِ
فَمَا ظَنُّكَ بِتَرْكِ الذَّبِيحَةِ وَغَيْرِهَا مِنَ الْحَلَالَاتِ حَتَّى يَمُوتَ جَوْعًا . قَالَ (وَمَنْ امْتَنَعَ مِنَ
التَّدَاوِي حَتَّى مَاتَ لَمْ يَأْثِمَ) لَأَنَّهُ لَا يَقِينُ بِأَنْ هَذَا الدَّوَاءُ يَشْفِيهِ وَلَعَلَّهُ يَصْحَحُ مِنْ غَيْرِ عِلَاجٍ .
قَالَ (وَلَا بِأَسَ بِالْتَّفَكُّهِ بِأَنْوَاعِ الْفَوَاحِيهِ) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ - وَفِيهِ
نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى - لَا تَحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ - . قَالَ (وَتَرْكُهُ أَفْضَلُ) لِثَلَاثِ تَنْقِصٍ
دَرَجَتِهِ ، وَيَدْخُلُ تَحْتَ قَوْلِهِ تَعَالَى - أَذْهَبْتُمْ طَيِّبَاتِكُمْ فِي حَيَاتِكُمْ الدُّنْيَا - . قَالَ (وَاتَّخَاذُ أَلْوَانِ
الْأَطْعِمَةِ وَالْبَاجَاتِ ، وَوَضْعُ الْخُبْزِ عَلَى الْمَائِدَةِ أَكْثَرُ مِنَ الْحَاجَةِ سَرَفٍ) لِأَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ
الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَدَّهُ مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ . وَعَنْ عَائِشَةَ : أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ نَهَى
عَنْ ذَلِكَ إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ قَصْدِهِ أَنْ يَدْعُوا الْأَضْيَافَ قَوْمًا بَعْدَ قَوْمٍ حَتَّى يَأْتُوا عَلَى آخِرِهِ
لَأَنَّ فِيهِ فَائِدَةً . وَمَنِ الْإِسْرَافُ أَنْ يَأْكُلَ وَسْطَ الْخُبْزِ وَيَدْعَ حَوَاشِيَهُ ، أَوْ يَأْكُلَ مَا انْتَفَخَ
مِنْهُ وَيَتْرَكَ الْبَاقِي لِأَنَّ فِيهِ نَوْعَ تَجْبِيرٍ إِلَّا أَنْ يَكُونَ غَيْرُهُ يَتَنَاوَلُهُ فَلَا بِأَسَ بِهِ كَمَا إِذَا اخْتَارَ
رَغِيفًا دُونَ رَغِيفٍ . قَالَ (وَوَضْعُ الْمَلْحَةِ عَلَى الْخُبْزِ ، وَمَسْحُ الْأَصَابِعِ وَالسَّكِينِ بِهِ مَكْرُوهٌ
وَلَكِنْ يَتْرَكَ الْمِلْحُ عَلَى الْخُبْزِ) لِأَنَّ غَيْرَهُ يَسْتَقْدِرُ ذَلِكَ وَفِيهِ إِهَانَةٌ بِالْخُبْزِ وَقَدْ أَمَرْنَا بِإِكْرَامِهِ .
وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَكْرَمُوا الْخُبْزَ فَإِنَّهُ مِنْ بَرَكَاتِ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضِ »
قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « مَا اسْتَخَفَّ قَوْمٌ بِالْخُبْزِ إِلَّا ابْتَلَاهُمُ اللَّهُ بِالْجُوعِ » . وَمَنِ الْإِكْرَامُ
الْخُبْزُ أَنْ لَا يَنْتَظَرُوا الْإِدَامَ إِذَا حَضَرَ . وَمَنِ الْإِسْرَافُ إِذَا سَقَطَتْ مِنْ يَدِهِ لُقْمَةٌ أَنْ يَتْرَكَهَا .
قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَلْقَ عَنْهَا الْأَذَى ثُمَّ كُلْهَا » . قَالَ (وَسُنَنُ الطَّعَامِ : الْبَسْمَلَةُ فِي أَوَّلِهِ
وَالْحَمْدَلَةُ فِي آخِرِهِ) فَإِنْ نَسِيَ الْبَسْمَلَةَ فِي أَوَّلِهِ فَلْيَقُلْ إِذَا ذَكَرَ : بِاسْمِ اللَّهِ عَلَى أَوَّلِهِ وَآخِرِهِ ،
بِجَمِيعِ ذَلِكَ وَرَدَ الْأَثَرُ ، وَهُوَ شُكْرُ الْمُؤْمِنِ إِذَا رَزَقَ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِنْ اللَّهُ
تَعَالَى يَرْضَى مِنْ عَبْدِهِ الْمُؤْمِنِ إِذَا قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا أَنْ يَسْمِيَ اللَّهَ فِي أَوَّلِهِ وَيُحَمِّدُ اللَّهَ فِي آخِرِهِ » .

وَعَسَلَ الْيَدَيْنِ قَبْلَهُ وَبَعْدَهُ . وَيُسْتَحَبُّ اتِّخَاذُ الْأَوْعِيَةِ لِنَقْلِ الْمَاءِ إِلَى الْبُيُوتِ ، وَاتِّخَاذُهَا مِنْ الْخَزَفِ أَفْضَلُ ، وَيُنْفَقُ عَلَى نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ بِلَا مَرْفٍ وَلَا تَقْتِيرٍ ، وَمَنْ اشْتَدَّ جُوعُهُ حَتَّى عَجَزَ عَنْ طَلَبِ الْقُوْتِ فَقَرَضَ عَلَى كُلِّ مَنْ عِلِمَ بِهِ أَنْ يُطْعِمَهُ أَوْ يَدُلَّ عَلَيْهِ مَنْ يُطْعِمُهُ فَإِنْ قَدَرَ عَلَى الْكَسْبِ بِلَزْمِهِ أَنْ يَكْتَسِبَ ، وَإِنْ عَجَزَ عَنْهُ لَزِمَهُ السُّؤَالُ ، فَإِنْ تَرَكَ السُّؤَالَ حَتَّى مَاتَ أَثِمَ ،

قال (وغسل اليدين قبله وبعده) قال عليه الصلاة والسلام « الوضوء قبل الطعام ينبي الفقر وبعده ينبي اللمم » والمراد بالوضوء هنا غسل اليدين ، والأدب أن يبدأ بالشباب قبله وبالشيوخ بعده ، ولا يمسح يده قبل الطعام بالمنديل ليكون أثر الغسل باقيا وقت الأكل ، ويمسحها بعده ليزول أثر الطعام بالكلية . قال (ويستحب اتخاذ الأوعية لنقل الماء إلى البيوت) لحاجة الوضوء والشرب للنساء لأنهن عورة وقد نهين عن الخروج ، قال تعالى - وقرن في بيوتكن - فيلزم الزوج ذلك كسائر حاجاتها . قال (واتخاذها من الخزف أفضل) إذ لا سرف فيه ولا تحيلة . وفي الحديث « من اتخذ أواني بيته خزفا زارته الملائكة » ويجوز اتخاذها من نحاس أو رصاص أو شبه أدم ، ولا يجوز من الذهب والفضة لما مر . قال (وينفق على نفسه وعياله بلا سرف ولا تقتير) ولا يتكلف لتحصيل جميع شهواتهم ، ولا يمنعهم جميعها ويتوسط ، قال تعالى - والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما - ولا يستديم الشبع ، قال عليه الصلاة والسلام « أجوع يوما وأشبع يوما » . فالحاصل أنه يحرم على المسلم الإفساد لما اكتسبه والسرف والتحيلة فيه ، قال الله تعالى - ولا تبغ الفساد في الأرض - وقال - والله لا يحب الفساد - . وقال - ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين - وقال - ولا تبذر تبذيرا إن المبذرين كانوا إخوان الشياطين - . قال (ومن اشتد جوعه حتى عجز عن طلب القوت ففرض على كل من علم به أن يطعمه أو يدل عليه من يطعمه) صونا له عن الهلاك ، فإن امتنعوا من ذلك حتى مات اشتركوا في الإثم ، قال عليه الصلاة والسلام « ما آمن بالله من بات شعبان وجاره إلى جنبه طاو » . وقال عليه الصلاة والسلام « أيما رجل مات ضياعا بين أقوام أغنياء فقد برئت منهم ذمة الله وذمة رسوله » وإن أطعمه واحد سقط عن الباقيين . وكذا إذا رأى لقيطا أشرف على الهلاك أو أعمى كاد أن يتردى في البئر وصار هذا كأنجاء الغريق . قال (فان قدر على الكسب يلزمه أن يكتسب) لما بينا (وإن عجز عنه لزمه السؤال) فانه نوع اكتساب لكن لا يخل إلا عند العجز ، قال عليه الصلاة والسلام « السؤال آخر كسب العبد » (فان ترك السؤال حتى مات أثم) لأنه ألقى بنفسه إلى التهلكة ، فان السؤال يوصله إلى ما يقوم به نفسه

وَمَنْ كَانَ لَهُ قُوتُ يَوْمِهِ لَا يَحِلُّ لَهُ السُّؤَالُ ، وَيُكْرَهُ إعْطَاءُ سُؤَالِ الْمَسَاجِدِ
وَإِنْ كَانَ لَا يَتَخَطَّى النَّاسَ وَلَا يَمْشِي بَيْنَ يَدَيِ الْمُصَلِّينَ لَا يُكْرَهُ ؛ وَلَا يَجُوزُ
قَبُولُ هَدِيَّةِ أُمْرَاءِ الْجَوْرِ ، إِلَّا إِذَا عَلِمَ أَنَّ أَكْثَرَ مَالِهِ حَلَالٌ ، وَوَلِيْمَةُ
الْعُرْسِ سُنَّةٌ ، وَيَتَبَغَّى لِمَنْ دُعِيَ أَنْ يُجِيبَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ أَثِمَ ، وَلَا يَرْفَعُ
مِنْهَا شَيْئًا ، وَلَا يُعْطَى سَائِلًا إِلَّا بِأَذْنِ صَاحِبِهَا ؛ وَمَنْ دُعِيَ إِلَى وَلِيْمَةٍ عَلَيْهَا
كَهَوْنٍ عَلِمَ بِهِ لَا يُجِيبُ ،

في هذه الحالة كالكسب ، ولا ذلّ في السؤال في هذه الحالة ، فقد أخبر الله تعالى عن
موسى وصاحبه أنهما أتيا أهل قرية استطعما أهلها . وقال عليه الصلاة والسلام لرجل من
أصحابه « هل عندك شيء فأكله ؟ » . قال (ومن كان له قوت يومه لا يحلّ له السؤال)
لقوله عليه الصلاة والسلام « من سأل الناس وهو غنيّ عما يسأل جاء يوم القيامة ومسألته
خدوش أو خوش أو كدوح في وجهه » ولأنه أذلّ نفسه من غير ضرورة وأنه حرام .
قال عليه الصلاة والسلام « لا يحلّ للمسلم أن يذلّ نفسه » . قال (ويكره إعطاء سؤال
المساجد) فقد جاء في الأثر : ينادى يوم القيامة ليقم بغض الله . فيقوم سؤال المسجد
(وإن كان لا يتخطى الناس ولا يمشي بين يدي المصلين لا يكره) وهو المختار ، فقد روى
أنهم كانوا يسألون في المسجد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى روى أن عليا
رضي الله عنه تصدّق بخاتمه في الصلاة فمدحه الله تعالى بقوله - ويؤتون الزكاة وهم راكعون -
وإن كان يمرّ بين يدي المصلي ويتخطى رقاب الناس يكرهه ، لأنه إغانة على أذى الناس
حتى قيل : هذا فلس يكفره سبعون فلسا . قال (ولا يجوز قبول هدية أمراء الجور) لأن
الغالب في ما لهم الحرمة . قال (إلا إذا علم أن أكثر ماله حلال) بأن كان صاحب تجارة
أو زرع فلا بأس به ، لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام والمعتبر الغالب ، وكذلك
أكل طعامهم . قال (ووليمة العرس سنة) قديمة وفيها مثوبة عظيمة ، قال عليه الصلاة
والسلام « أولم ولو بشاة » وهي إذا بنى الرجل بامرأته أن يدعو الجيران والأقرباء والأصدقاء
ويذبح لهم ويصنع لهم طعاما (ويتبغى لمن دعى أن يجيب ، فإن لم يفعل أثم) لقوله عليه
الصلاة والسلام « من لم يجب الدعوة فقد عصي الله ورسوله » فإن كان صائما أوجب ودعا ،
وإن لم يكن صائما أكل ودعا ، وإن لم يأكل أثم وجفا لأنه استهزأ بالمضيف ، وقال عليه
الصلاة والسلام « لو دعيت إلى كراع (١) لأجبت » . قال (ولا يرفع منها شيئا ولا
يعطى سائلا إلا بأذن صاحبها) لأنه إنما أذن له في الأكل دون الرفع والإعطاء . قال
(ومن دعى إلى وليمة عليها هو إن علم به لا يجيب) لأنه لم يلزمه حقّ الإجابة .

(١) الكراع : مستدقّ الساق .

وَأَنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى حَضَرَ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى مَنَعِهِمْ فَعَلَ ، وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ
فَإِنْ كَانَ اللَّهُوَ عَلَى الْمَائِدَةِ لَا يَقْعُدُ ؛ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَائِدَةِ ، فَإِنْ كَانَ
مُقْتَدَى بِهِ لَا يَقْعُدُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدَى بِهِ فَلَا بَأْسَ بِالْقُعُودِ .

فصل

الْكِسْوَةُ : مِنْهَا فَرَضٌ ، وَهُوَ مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ وَيَدْفَعُ الْحَرَ وَالْبَرْدَ ،
وَيَنْتَبِغِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْقُطْنِ أَوْ الْكَتَّانِ بَيْنَ النَّفِيسِ وَالْدُّنْيَا . وَمُسْتَحَبٌّ ،
وَهُوَ سِتْرُ الْعَوْرَةِ ، وَأَخَذُ الزَّيْنَةِ .

(وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ حَتَّى حَضَرَ إِنْ كَانَ يَقْدِرُ عَلَى مَنَعِهِمْ فَعَلَ) لِأَنَّهُ نَهَى عَنْ مَنَكَرٍ (وَإِنْ لَمْ يَقْدِرْ)
فَإِنْ كَانَ اللَّهُوَ عَلَى الْمَائِدَةِ لَا يَقْعُدُ (لِأَنَّ اسْتِمَاعَ اللَّهُوَ حَرَامٌ وَإِجَابَةُ سُنَّةٌ ، وَالِامْتِنَاعُ عَنْ
الْحَرَامِ أَوْلَى مِنَ الْإِيتَانِ بِالسُّنَّةِ) (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ عَلَى الْمَائِدَةِ ، فَإِنْ كَانَ مُقْتَدَى بِهِ لَا يَقْعُدُ)
لِأَنَّهُ فِيهِ شَيْنٌ لِلدِّينِ وَفُتِحَ بَابُ الْمَعْصِيَةِ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، وَمَا رَوَى عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ :
ابْتَلَيْتُ بِهَذَا مَرَّةً فَصَبِرْتُ كَانَ قَبْلَ أَنْ يَصِيرَ مُقْتَدَى بِهِ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُقْتَدَى بِهِ فَلَا بَأْسَ
بِالْقُعُودِ) وَصَارَ كَتَشْيِيعِ الْجَنَازَةِ إِذَا كَانَ مَعَهَا نِيَاحَةٌ لَا يَتْرَكَ التَّشْيِيعَ وَالصَّلَاةَ عَلَيْهَا لِمَا
عِنْدَهَا مِنَ النِّيَاحَةِ كَذَا هُنَا .

فصل

(الْكِسْوَةُ : مِنْهَا فَرَضٌ ، وَهُوَ مَا يَسْتُرُ الْعَوْرَةَ وَيَدْفَعُ الْحَرَ وَالْبَرْدَ) قَالَ تَعَالَى - خَلَدُوا
زِينَتَكُمْ عِنْدَ كُلِّ مَسْجِدٍ - : أَيْ مَا يَسْتُرُ عَوْرَاتِكُمْ عِنْدَ الصَّلَاةِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى أَدَاءِ
الصَّلَاةِ إِلَّا بِسِتْرِ الْعَوْرَةِ وَخَلْقُهُ لَا يَحْتَمِلُ الْحَرَ وَالْبَرْدَ فَيَحْتَاجُ إِلَى دَفْعِ ذَلِكَ بِالْكِسْوَةِ فَصَارَ
نَظِيرُ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ فَكَانَ فَرَضًا (وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مِنَ الْقُطْنِ أَوْ الْكَتَّانِ) هُوَ الْمَأْثُورُ
وَهُوَ أَبْعَدُ عَنِ الْخِلَاءِ ، وَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ (بَيْنَ النَّفِيسِ وَالْدُّنْيَا) لَثَلَا يَحْتَقِرُ فِي الدُّنْيَا ،
وَيَأْخُذُهُ الْخِلَاءُ فِي النَّفِيسِ . وَعَنِ النَّبِيِّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « أَنَّهُ نَهَى عَنِ الشَّهْرَتَيْنِ »
وَهُوَ مَا كَانَ فِي نَهَاةِ النَّفَاسَةِ ، وَمَا كَانَ فِي نَهَاةِ الْخُسَاسَةِ ، وَخَيْرُ الْأُمُورِ أَوْسَاطُهَا ؛
وَيَنْبَغِي أَنْ يَلْبَسَ الْغَسِيلَ فِي عَامَةِ الْأَوْقَاتِ وَلَا يَتَكَلَّفُ الْجَدِيدَ . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ
« الْبَذَاذَةُ مِنَ الْإِيمَانِ » وَهِيَ رِثَاةُ الْهَيْئَةِ ، وَمَرَادُهُ التَّوَاضُّعُ فِي اللِّبَاسِ وَتَرْكُ التَّبَجُّجِ بِهِ .
(وَمُسْتَحَبٌّ : وَهُوَ سِتْرُ الْعَوْرَةِ وَأَخَذُ الزَّيْنَةِ) قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِنْ اللَّهُ يَحِبُّ »

وَمُبَاحٌ ، وَهُوَ الثَّوْبُ الْجَمِيلُ لِلتَّرْتِينَ بِهِ فِي الْجُمُعِ وَالْأَعْيَادِ وَجَمَاعِ النَّاسِ .
وَمَكْرُوهٌ ، وَهُوَ اللِّبْسُ لِلتَّكْبِيرِ وَالْحَيْلَاءِ . وَيُسْتَحَبُّ الْأَبْيَضُ مِنَ الثِّيَابِ ،
وَيُكْرَهُ الْأَحْمَرُ وَالْمُعَصْفَرُ . وَالسَّنَةُ : إِرْخَاءُ طَرَفِ الْعِمَامَةِ بَيْنَ كَتِفَيْهِ ،
وَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُجَدِّدَ لَفْهَافَهَا نَقَضَهَا كَمَا لَفْهَافَهَا .

فصل

الْكَلَامُ مِنْهُ مَا يُوجِبُ أَجْرًا كَالْتَسْبِيحِ وَالتَّحْمِيدِ ، وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ ،
وَالْأَحَادِيثِ النَّبَوِيَّةِ وَعِلْمِ الْفِقْهِ ،

أَنْ يَرَى أَثَرَ نِعَمِهِ عَلَى عَبْدِهِ . (ومباح : وهو الثوب الجميل للترتين به في الجمع والأعياد
وجماع الناس) فقد روى « أنه عليه الصلاة والسلام كان له جبة فنك (١) يلبسها يوم عيد ،
وأهدى له المقوقس قباء مكفوفاً بالحرير كان يلبسه للجمع والأعياد ولقاء الوفود » إلا أن
في تكلف ذلك في جميع الأوقات صلوا ومشقة ، وربما يغيظ المحتاجين فالتحرز عنه أولى .
(ومكروه : وهو اللبس للتكبر والخيلاء) لما بينا ، ولقوله عليه الصلاة والسلام للمقداد
ابن معديكرب « كل والبس واشرب من غير نخيلة » . (ويستحب الأبيض من الثياب)
لقوله عليه الصلاة والسلام « خير ثيابكم البيض » وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى
يحب الثياب البيض ، وإنه خلق الجنة بيضاء » . (ويكره الأحمر والمعصفر) ولا يظاهر بين
جبتين أو أكثر في الشتاء إذا وقع الاكتفاء بدون ذلك لأنه يغيظ المحتاجين ، وفيه تجبر .
وكان عمر رضي الله عنه لا يلبس إلا الخشن ؛ واختيار الخشن أولى في الشتاء لأنه أدفع للبرد ،
واللين في الصيف فانه أنشف للعرق ؛ وإن لبس اللين في الوقتين لأبأس به ، قال تعالى
قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - . (والسنة : إرخاء طرف العمامة بين كتفيه)
هكذا فعله عليه الصلاة والسلام ، ثم قيل قدر شبر ، وقيل إلى وسط الظهر ، وقيل إلى
موضع الجلوس (وإذا أراد أن يجدد لفها نقضها كما لفها) ولا يلقيها على الأرض دفعة
واحدة ، هكذا نقل من فعله صلى الله عليه وسلم .

فصل

(الكلام : منه ما يوجب أجرا كالتسبيح والتحميد وقراءة القرآن والأحاديث النبوية
وعلم الفقه) قال تعالى - والذاكرين الله كثيرا والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجرا عظيما -

(١) قال في مختار الصحاح : الفنك : ما يتخذ منه القرو ..

وَقَدْ يَأْتُمُ بِهِ إِذَا فَعَلَهُ فِي مَجْلِسِ الْفِسْقِ وَهُوَ يَعْمَلُهُ ، وَإِنْ سَبَّحَ فِيهِ
لِلْإِعْتِبَارِ وَالْإِنْكَارِ ، وَلَيْسَتْ تَغْلُوا عَنْهُمْ فِيهِ مِنَ الْفِسْقِ فَحَسَنٌ . وَيُكْرَهُ
فِعْلُهُ لِلتَّاجِرِ عِنْدَ فَتْحِ مَتَاعِهِ ، وَيُكْرَهُ التَّرْجِيْعُ بِقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ وَالِاسْتِجَاعِ
إِلَيْهِ .

والآيات والأحاديث كثيرة في ذلك (وقد يَأْتُمُ بِهِ إِذَا فَعَلَهُ فِي مَجْلِسِ الْفِسْقِ وَهُوَ يَعْمَلُهُ)
لما فيه من الاستهزاء والمخالفة لموجبه (وإن سبح فيه للاعتبار والإنكار ، وليشتغلوا عما هم
فيه من الفسق فحسن) وكذا من سبح في السوق بنية أن الناس غافلون مشتغلون بأمور الدنيا
وهو مشتغل بالتسبيح : وهو أفضل من تسبيحه وحده في غير السوق ، قال عليه الصلاة
والسلام « ذاكر الله في الغافلين كالجاهد في سبيل الله » . قال (ويكره فعله للتاجر عند
فتح متاعه) وكذلك الفقاعى (١) عند فتح الفقاع يقول : لا إله إلا الله صلى الله على محمد
فانه يَأْتُمُ بذلك لأنه يأخذ لذلك ثمنا ، بخلاف الغازى أو العالم إذا كبر عند المباراة وفي
مجلس العلم لأنه يقصد به التفخيم والتعظيم وإشعار شاعثر الدين . قال (ويكره الترجيع
بقراءة القرآن والاستماع إليه) لأنه تشبه بفعل الفسقة حال فسقهم وهو التغنى ولم يكن هذا
في الابتداء ، ولهذا كره في الأذان ، وقيل لأبأس به لقوله عليه الصلاة والسلام « زينوا
القرآن بأصواتكم » وعن النبي عليه الصلاة والسلام أنه كره رفع الصوت عند قراءة القرآن
والجنازة والزحف والتذكير : أى الوعظ ، فما ظنك به عند استماع الغناء المحرم الذى
يسمونه وجدا ؟ . وكره أبو حنيفة قراءة القرآن عند القبور لأنه لم يصح عنده في ذلك شئ
عن النبي عليه الصلاة والسلام . ولا يكرهه محمد ، وبه نأخذ لما فيه من النفع لأميت
لورود الآثار بقراءة آية الكرسي وسورة الإخلاص والفاتحة وغير ذلك عند القبور .
ومذهب أهل السنة والجماعة أن للإنسان أن يجعل ثواب عمله لغيره ويصل لحديث الخنعمية
وقد مر في الحج ، ولما روى « أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أحدهما عن
نفسه والآخر عن أمته » أى جعل ثوابه عن أمته . وروى « أن رجلا قال : يا رسول الله
إن أمتي افتلتت نفسها فهل لها أجر إن تصدقت عنها ؟ قال : نعم ولك » « ورفعت امرأة
صبيها وقالت : يا رسول الله ألهذا حج ؟ قال : نعم ولك أجر » والآثار فيه كثيرة ،
ومنع بعضهم من ذلك وقال : لا يصل متمسكا بقوله تعالى - وأن ليس للإنسان إلا ما سعى -
ويقوله عليه الصلاة والسلام « إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث » الحديث .
الجواب عن الآية من وجوه : أحدها : أنها سبقت على قوله - أم لم ينبأ بما في صحف موسى

(١) قوله الفقاعى ، قال في المنجد : الفقاعى : بائع الفقاع . والفقاع : الشراب يتخذ
من الشعير ، سمي به لما يعلوه من الزبد .

وَمِنْهُ مَا لَا أَجْرَ فِيهِ وَلَا وَزَرَ كَقَوْلِكَ : قُمْ وَأَقْعِدْ ، وَأَكَلْتُ وَشَرَبْتُ وَنَحَوِهِ . وَمِنْهُ مَا يُوجِبُ الْإِثْمَ كَالْكَذِبِ وَالنَّمِيمَةِ وَالْغِيبةِ وَالشَّتِيمَةِ ، ثُمَّ الْكَذِبُ مُحْظُورٌ إِلَّا فِي الْقِتَالِ لِلْخُدْعَةِ ، وَفِي الصُّلْحِ بَيْنَ اثْنَيْنِ ، وَفِي إِرْضَاءِ الرَّجُلِ الْأَهْلَ ، وَفِي دَفْعِ الظَّالِمِ عَنِ الظُّلْمِ . وَيُكْرَهُ التَّعْرِيزُ بِالْكَذِبِ إِلَّا لِحَاجَةٍ .

وإبراهيم الذي وفي - فيكون إخبارا عما في شريعتهما فلا يلزمنا ، كيف وقد رويانا عن نبينا عليه الصلاة والسلام خلافه ؟ . قال علي رضي الله عنه : هذا لقوم إبراهيم وموسى ، وأما هذه الأمة لهم ما سعوا وسعى لهم . الثاني أنها منسوخة بقوله تعالى - ألحقنا بهم ذريتهم - أدخل الدرية الجنة بصلاح الآباء ، قاله ابن عباس . الثالث قال الربيع بن أنس : المراد بالإنسان هنا الكافر ، أما المؤمن له أجر ماسعى وسعى له . الرابع تجعل اللام بمعنى على وأنه جائز . قال : فخر صريعا للدين وللهم ، فيصير كأنه قال : وأن ليس على الإنسان إلا ماسعى فيحمل عليه توفيقا بين الآيات والأحاديث ، ولأنه معنى صحيح لا خلاف فيه ولا يدخله التخصيص . الخامس أنه سعى في جعل ثواب عمله لغيره فيكون له ماسعى عملا بالآية . السادس أن السعى أنواع : منها بفعله وقوله ، ومنها بسبب قرابته ، ومنها بصدق سعى في خلته ، ومنها بما يسعى فيه من أعمال الخير والصلاح وأمور الدين التي يحبه الناس بسببها فيدعون له ويجعلون له ثواب عملهم وكل ذلك بسبب سعيه ، فقد قلنا بموجب الآية فلا يكون حجة علينا . وأما الحديث فانه يقتضي انقطاع عمله ولا كلام فيه إنما الكلام في وصول ثواب عمل غيره إليه ، والحديث لا ينفيه ، على أن الناس عن آخرهم قد استحسنا ذلك فيكون حسنا بالحديث . قال (ومنه ما لأجر فيه ولا وزر كقولك : قم واقعد وأكلت وشربت ونحوه) لأنه ليس بعبادة ولا معصية ، ثم قيل لا يكتب لأنه لأجر عليه ولا عقاب . وعن محمد ما يدل عليه ، فقد روى عن هشام عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال : إن الملائكة لا تكتب إلا ما كان فيه أجر أو وزر ، وقيل يكتب لقوله تعالى - ونكتب ما تقدموا وآثارهم - الآية ، ثم يحى ما لاجزاء فيه ويبقى ما فيه جزاء ، ثم قيل يحى في كل اثنين وخميس وفيهما تعرض الأعمال . والأكثر أن على أنها تمحى يوم القيامة . قال (ومنه ما يوجب الإثم كالكذب والنميمة والغيبة والشتيمة) لأن كل ذلك معصية حرام بالنقل والعقل (ثم الكذب محظور إلا في القتال للخدعة ، وفي الصلح بين اثنين ، وفي إرضاء الرجل الأهل ، وفي دفع الظالم عن الظلم) لقوله عليه الصلاة والسلام « لا يصلح الكذب إلا في ثلاث : في الصلح بين اثنين ، وفي القتال ، وفي إرضاء الرجل أهله » ودفع الظالم عن الظلم من باب الصلح . قال (ويكره التعريض بالكذب إلا لحاجة)

وَلَا غِيْبَةَ لِظُلْمٍ يُؤْذِي النَّاسَ بِقَوْلِهِ وَفِعْلِهِ ، وَلَا لَأْثَمَ فِي السَّعْيِ بِهِ إِلَى السُّلْطَانِ لِيَزْجُرَهُ . وَلَا غِيْبَةَ إِلَّا لِمَعْلُومِينَ ، فَلَوْ اغْتَابَ أَهْلَ قَرْيَةٍ فَلَيْسَ بِغِيْبَةٍ ؛ وَإِذَا أَدَّى الْفَرَائِضَ وَأَحَبَّ أَنْ يَتَنَعَّمَ بِمَنْظَرِ حَسَنِ وَجْوَارِ جَمِيلَةٍ فَلَا بَأْسَ بِهِ ، وَمَنْ قَنَعَ بِأَدْنَى الْكِفَايَةِ ، وَصَرَفَ الْبَاقِي إِلَى مَا يَنْفَعُهُ فِي الْآخِرَةِ فَهُوَ أَوْلَى .

كقولك لرجل كل ، فيقول أكلت : يعني أمس فلا بأس به لأنه صادق في قصده . وقيل يكره لأنه كذب في الظاهر . قال (ولا غيبة لظلم يؤذي الناس بقوله وفعله) قال عليه الصلاة والسلام « اذكروا الفاجر بما فيه لكي تحذره الناس » (ولا لثم في السعي به إلى السلطان ليزجره) لأنه من باب النهي عن المنكر ومنع الظلم . قال (ولا غيبة إلا لمعلومين ، فلو اغتتاب أهل قرية فليس بغيبة) لأن المراد مجهول فصار كالتدفع ، وكره محمد إرخاء السر على البيت لأنه نوع تكبر وفيه زينة ، ولا بأس بستر حيطان البيت باللبود ونحوه لدفع البرد لأن فيه منفعة ، ويكره للزينة وقد مر . قال (وإذا أدَّى الفرائض وأحب أن يتنعم بمنظر حسن وجوار جميلة فلا بأس به) فإن النبي عليه الصلاة والسلام تسرى مارية أم إبراهيم مع ما كان عنده من الحرائر ، وعلى رضي الله عنه استولد محمد بن الحنفية مع ما كان عنده من الحرائر ؛ والأصل فيه قوله تعالى - قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده - الآية . قال (ومن قنع بأدنى الكفاية وصرف الباقي إلى ما ينفعه في الآخرة فهو أولى) لأن ما عند الله خير وأبقى .

واعلم أن الاقتصاد على أدنى ما يكفيه عزيمة وما زاد عليه من التمتع ونيل اللذات رخصة وقد قال عليه الصلاة والسلام « إن الله تعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه » وقال عليه الصلاة والسلام « بعثت بالحنيفية السهلة السمحة ولم أبعث بالرهبانية الصعبة » وفي الحديث « لا يزول قدام عبد يوم القيامة حتى يسأل عن أربعة : عن عمره فيما أفناه ، وعن شبابه فيما أبلاه ، وعن ماله من أين اكتسبه وفيماذا صرفه ؟ » والذي يجب على المسلم أن يتمسك بخصال : منها التحرز عن ارتكاب الفواحش ما ظهر منها وما بطن ؛ ومنها المحافظة على أداء الفرائض في أوقاتها بواجباتها تامة كما أمر بها ؛ ومنها التحرز عن السمحت واكتساب المال من غير حله ؛ ومنها التحرز عن ظلم كل مسلم أو معاهد ، وما عدا ذلك فقد وسع الله تعالى علينا الأمر فيه ، فلا نضيقه علينا ولا على أحد من المسلمين . وفي الحديث « أن النبي عليه الصلاة والسلام وعظ الناس يوما وذكر القيامة ، فرق له الناس وبكوا ، فاجتمع عشرة في بيت عثمان بن مظعون ، وهم أبو بكر وعلي وابن مسعود وابن عمر وعبد الله بن عمرو بن العاص وأبو ذر وسالم مولى أبي حذيفة والمقداد وسلمان الفارسي ومعاقل بن مقرن ،

واتفقوا على أن يترهبوا ويحبوا مذاكيرهم ويلبسوا المسوح ويصوموا الدهر ويقوموا الليل ولا يناموا على الفرش ولا يأكلوا اللحم والودك ولا يقربوا النساء والطيب ويسبحوا في الأرض ، فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهم : ألم أنبأ أنكم اتفقتم على كذا وكذا ؟ قالوا : بلى وما أردنا إلا خيرا ، فقال عليه الصلاة والسلام : إني لم أمر بذلك ، ثم قال : إن لأنفسكم عليكم حقا فصوموا وأفطروا وقوموا وناموا ، فإني أقوم وأنام وأصوم وأفطر وآكل اللحم والدسم وآتي النساء ، فمن رغب عن سنتي فليس مني . ثم خطب فقال « ما بال أقوام حرّموا النساء والطعام والطيب والنوم وشهوات الدنيا ، أما إني لست آمركم أن تكونوا قسيسين ورهبانا ، فانه ليس في ديني ترك اللحم والنساء ولا اتخاذ الصوامع ، فان سياحة أمتي الصوم ، ورهبانيتهم الجهاد ، عبدوا الله ولا تشركوا به شيئا ، وحجوا واعتمرأ ، وأقيموا الصلاة ، وآتوا الزكاة ، وصوموا رمضان ، واستقيموا يستقم لكم ، فانما هلك من كان قبلكم بالتشديد ، شدّدوا على أنفسهم فشدد الله عليهم ، ونزل قوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طيبات ما أحلّ الله لكم - إلى قوله - واتقوا الله الذي أنتم به مؤمنون - » .

تمّ الجزء الرابع من « الاختيار لتعليل المختار »

ويليه :

الجزء الخامس ، وأوله : كتاب الصيد

فهرس

الجزء الرابع من الاختيار لتعليل المختار

صحيفة	صحيفة
٥٤ فصل فيمن حلف لا يفعل شيئا فأمر غيره بفعله	٣ باب النفقة
٥٧ فصل فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابس فزعه في الحال	٨ فصل وللمطلقة النفقة والسكنى في عدتها باثنا كان أو رجعا
٦٢ فصل في الحين والزمان في التعريف والتنكير	١٠ فصل نفقة الأولاد الصغار على الأب إذا كانوا فقراء
٦٣ فصل في الحلف على حنطة أو خبز أو شواء أو نحو ذلك	١٤ فصل في الحضانة
٦٩ فصل فيمن حلف ليصعدن السماء ونحوه	١٧ كتاب العتق
٧٢ فصل فيمن حلف لا يصوم فنوى وصام ساعة	٢١ فصل من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه
٧٦ فصل في النذر	٢٣ فصل من أعتق بعض عبده عتق
٧٩ كتاب الحدود	٢٨ باب التدبير
٨٤ فصل في بيان حد الزاني	٣٠ باب الاستيلاء
٨٩ فصل في حكم من وطئ جارية ولده	٣٥ كتاب المكاتب
٩٣ باب حد القذف	٣٨ فصل في الكتابة الفاسدة وأحكامها
٩٦ حكم القذف بغير الزنا	٤٠ فصل في حكم ماله كاتب عبده كتابة واحدة
٩٧ باب حد الشرب	٤١ فصل في حكم موت المكاتب قبل أداء نجوم كتابته
٩٩ كتاب الأشربة ، وأنواعها . وبيان المحرم منها	٤٢ كتاب الولاء ، وأنواعه ، وسبب كل نوع منها ، وأحكامه
١٠٢ كتاب السرقة ، وحقيقتها ، وحدها	٤٥ كتاب الإيمان
	٤٩ فصل في بيان حروف القسم ، وفيما يكون به اليمين

صحيفة	صحيفة
١٤٢ فصل في حكم أرض العرب	١٠٧ فصل فيما لا قطع فيه وما فيه قطع
١٤٥ فصل في الردّة ، وأحكام المرتدّ	١٠٩ فصل في بيان محلّ القطع
١٥٠ فصل فيما يصير به الكافر مسلماً	١١٤ فصل في حكم قطاع الطريق
١٥١ فصل في الخوارج والبلغاة	١١٧ كتاب السير
١٥٣ كتاب الكراهية	١٢٠ فصل إذا كان للمسلمين قوّة
١٥٧ فصل فيما يحلّ للنساء وما يحلّ للرجال	لا ينبغي لهم موادة أهل الحرب
١٦٠ فصل في الاحتكار	١٢١ حكم موادة المسلمين أهل الحرب (الهدنة)
١٦٣ فصل في مسائل مختلفة	١٢٢ فصل في الأمان
١٦٧ فصل في آداب ينبغي للمؤمن أن يحافظ عليها	١٢٤ فصل فيما يجوز لإمام المسلمين إذا فتح بلداً عنوة
١٦٨ فصل في المسابقة والرمي	١٢٦ فصل في الغنيمة وقسمتها
١٧٠ فصل في الكسب وأنواعه	١٢٨ فصل فيما ينبغي للإمام أن يفعله حين دخوله دار الحرب
١٧٧ فصل في بيان الفرض والمستحبّ والمباح والمكروه من الكسوة	١٣٣ فصل في حكم أموالنا إذا استولى عليها الكفار وأحرزوها بدارهم
١٧٨ فصل تقسيم الكلام إلى ما يوجب أجراً وإلى ما يوجب الإثم	١٣٦ فصل فيما يفعله الإمام مع الحربى إذا دخل دارنا بأمان

الإختصار لتعليل المختار

تأليف

عبد الله بن محمود بن مودود

الموصلى الخنفى

وعليه تعليقات لفضيلة المرحوم

الشيخ محمود أبو دققة

من أكابر علماء الخنفية والمدرس بكلية أصول الدين سابقا

الجزء الخامس

مقرر تدريسه لطلبة السنة الخامسة الثانوية بالجامعة الأزهرية

دار الكتب العلمية

بيروت - لبنان

رئيس من: **وزارة الشؤون العلمية** بيروت، لبنان
ص: ١١/٩٤٢٤ : تلخس : 41245 L8 Nasher
هاتف : ٨١٥٥٧٣ - ٣٦٦١٣٥

مَنْ يُرِدِ اللَّهُ بِهِ خَيْرًا يُفَقِّهْهُ فِي الدِّينِ
[حديث شر]

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

وَهُوَ جَائِزٌ بِالْجَوَارِحِ الْمُعَلَّمَةِ وَالسَّهَامِ الْمُحَدَّذَةِ لِمَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِأَكْلِهِ
وَمَا لَا يَحِلُّ أَكْلُهُ لِحِلِّهِ وَشَعْرِهِ ، وَالْجَوَارِحُ ذُو نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَذُو
مِخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الصيد

وهو مصدر صاد يصيد وينطلق على المفعول ، يقال : صيد الأمير ، وصيد كثير ،
ويراد به المصيد ، وينشد : « صيد الملوك أرانب وطحالب » . ومثله إنخلق والعلم ينطلق على
المخلوق والمعلوم . قال تعالى « هذا خلق الله » أى مخلوقه ، ولهذا قلنا إذا قال : وعلم الله
لا يكون يمينا لأن المراد معلومه .

قال (وهو جائز بالجوارح المعلقة والسهم المحدّذ لما يحلّ أكله لأكله ، وما لا يحلّ
أكله لجلده وشعره) أما الجواز فلقوله تعالى - وإذا حلّتم فاصطادوا - وقوله - أحلّ لكم
صيد البحر - الآية . وقوله - أحلّ لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلّين - . وقوله
عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » وقوله لعديّ بن حاتم « إذا أرسلت كلبك المعلم
وذكرت اسم الله عليه فكل ، وإذا رميت سهمك وذكر اسم الله عليه فكل » . قال
(والجوارح ذو ناب من السباع وذو مخلب من الطير) وهو أن يكون يكتسب بناه أو
مخلبه ويمتنع به ، لأن المراد من قوله من الجوارح التى تجرح ، وقيل الكواسب . ومكلّين :

وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْجُرْحِ ، وَكَوْنِ الْمُرْسِلِ أَوْ الرَّامِي مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ، وَذِكْرِ
اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ ، وَأَنْ يَكُونَ الصَّيْدُ مُمْتَنِعًا ، وَلَا يَتَوَارَى
عَنْ بَصَرِهِ ، وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ ، وَتَعْلِيمُ ذِي النَّابِ كَالْكَلْبِ وَنَحْوِهِ
تَرْكُ الْأَكْلِ ؛ وَذِي الْخَلْبِ كَالْبَازِي وَالصَّقْرِ وَنَحْوَهُمَا الْإِتْبَاعُ إِذَا أُرْسِلَ ،
وَالْإِجَابَةُ إِذَا دُعِيَ .

أَيُّ مُسْلِمِينَ ، وَاسْمِ الْكَلْبِ لُغَةً يَنْطَلِقُ عَلَى كُلِّ سَبْعٍ حَتَّى لِلْأَسَدِ ، فَيَجُوزُ الْإِصْطِيَادُ بِكُلِّ
ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ لِعُمُومِ الْآيَةِ ، إِلَّا مَا كَانَ نَجَسَ الْعَيْنِ كَالْخَزِيرِ ، لِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ الْإِنْتِفَاعُ
بِهِ . وَلَا يَجُوزُ الْإِصْطِيَادُ بِالْأَسَدِ وَالذِّئْبِ فَانَهُمَا لَا يَتَعْلَمَانِ ، وَكَذَلِكَ الدَّبَّ حَتَّى لَوْ تَعْلَمُوا
جَازَ . وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ فِي ابْنِ عَرَسَ : إِذَا عَلِمَ فَتَعْلَمَ جَازَ . قَالَ (وَلَا بُدَّ فِيهِ مِنَ الْجُرْحِ
وَكَوْنِ الْمُرْسِلِ أَوْ الرَّامِي مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا ، وَذِكْرُ اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى عِنْدَ الْإِرْسَالِ وَالرَّمْيِ ، وَأَنْ
يَكُونَ الصَّيْدُ مُمْتَنِعًا ، وَلَا يَتَوَارَى عَنْ بَصَرِهِ ، وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ) أَمَّا الْجُرْحُ لِيَتَحَقَّقَ اسْمُ
الْجَارِحِ ، وَلِأَنَّهُ لَا بُدَّ مِنْ إِرَاقَةِ الدَّمِ كَالذِّكَاةِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ ، فَلَوْ قَتَلَهُ صَدْمًا أَوْ جَمًّا أَوْ خَنْقًا
لَمْ يَوْكُلْ لَعَدِمَ الْجُرْحَ ؛ وَأَمَّا صِفَةُ الْمُرْسِلِ فَلِأَنَّهُ كَالذِّبِجِ وَلَا يَجُوزُ ذَبْحُ غَيْرِهِمَا ؛ وَأَمَّا ذِكْرُ
اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى فَلِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « إِذَا أُرْسِلْتَ كَلْبُكَ وَذَكَرْتَ اسْمَ اللَّهِ فَكُلْ »
شَرْطُ التَّسْمِيَةِ لِحُلِّ الْأَكْلِ ؛ وَأَمَّا كَوْنُهُ مُمْتَنِعًا فَلِأَنَّ الصَّيْدَ اسْمٌ لِلْمَمْتَنِعِ ، وَلِأَنَّ الْجُرْحَ إِنَّمَا
جَعَلَ ذِكَاةَ ضَرُورَةِ الْعِجْزِ عَنِ الذِّكَاةِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ ، وَالْعِجْزُ إِنَّمَا يَكُونُ فِي الْمَمْتَنِعِ حَتَّى لَوْ رَمَى
ظُلْيَاً مُرَبُّوهُ وَهُوَ يَظُنُّ أَنَّهُ صَيْدٌ فَأَصَابَ ظُلْيَاً آخَرَ لَمْ يَوْكُلْ ، لِأَنَّ الرِّبْطَ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا ؛
وَلَوْ رَمَى بَعِيرًا نَادَاً فَأَصَابَ صَيْدًا آخَرَ أَكَلَ لِأَنَّهُ لَمَّا نَدَى صَارَ صَيْدًا ؛ وَقَوْلُهُ لَا يَتَوَارَى عَنْ
بَصَرِهِ وَلَا يَقْعُدُ عَنْ طَلَبِهِ ، فَانَهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كَرِهَ أَكْلَ الصَّيْدِ إِذَا غَابَ عَنِ الرَّامِي
وَقَالَ « لَعَلَّ هَوَامَّ الْأَرْضِ قَتَلَتْهُ » وَلِأَنَّ احْتِمَالَ الْمَوْتِ بِسَبَبِ آخَرٍ مَوْجُودٌ فَلَا يَحِلُّ بِهِ ،
وَالْمَوْهُومُ كَالْمُتَحَقِّقِ لَمَّا مَرَّ ، إِلَّا أَنَّهُ سَقَطَ اعْتِبَارُهُ إِذَا لَمْ يَقْعُدْ عَنْ طَلَبِهِ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُ الْإِحْتِرَازُ
عَنْهُ . وَفِي الْحَدِيثِ « كُلْ مَا أَصْمَيْتَ وَدَعْ مَا أُنْمَيْتَ » أَصْمَيْتَ الصَّيْدَ : إِذَا رَمَيْتَهُ فَقَتَلْتَهُ
وَأُنْمَيْتَ تَرَاهُ ، وَقَدْ صَمِيَ الصَّيْدُ يَصْمِي : إِذَا مَاتَ وَأَنْتَ تَرَاهُ ، وَرَمَيْتَ الصَّيْدَ فَأُنْمَيْتَهُ إِذَا غَابَ
عَنْكَ ثُمَّ مَاتَ ، هَكَذَا فَسَرَهُ صَاحِبُ الصَّحَاحِ . قَالَ (وَتَعْلِيمُ ذِي النَّابِ كَالْكَلْبِ وَنَحْوِهِ
تَرْكُ الْأَكْلِ ، وَذِي الْخَلْبِ كَالْبَازِي وَالصَّقْرُ وَنَحْوَهُمَا الْإِتْبَاعُ إِذَا أُرْسِلَ وَالْإِجَابَةُ إِذَا دُعِيَ)
رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ بِتَرْكِ الْعَادَةِ الْأَصْلِيَّةِ ، وَعَادَةُ ذِي الْخَلْبِ النِّفَارُ ،
فَإِذَا أَجَابَ إِذَا دُعِيَ فَقَدْ تَرَكَ عَادَتَهُ وَصَارَ مُعَلِّمًا ، وَعَادَةُ ذِي النَّابِ الْإِفْتِرَاسُ وَالْأَكْلُ ،
فَإِذَا تَرَكَ الْأَكْلَ فَقَدْ تَرَكَ عَادَتَهُ فَصَارَ مُعَلِّمًا ؛ وَلِأَنَّ التَّعْلِيمَ بِتَرْكِ الْأَكْلِ إِنَّمَا يَكُونُ بِالضَّرْبِ
حَالَةَ الْأَكْلِ وَجَنَّةَ الطَّيْرِ لَا يَحْتَمِلُ الضَّرْبَ ، أَمَّا الْكَلْبُ يَحْتَمِلُهُ فَأُمْكِنَ تَعْلِيمُهُ بِالضَّرْبِ

وَيُرْجَعُ فِي مَعْرِفَةِ التَّعْلِيمِ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ بِذَلِكَ ، وَلَا تَأْقِيتَ فِيهِ ، فَإِنْ أَكَلَ أَوْ تَرَكَ لِإِجَابَةِ بَعْدِ الْحُكْمِ بِتَعْلِيمِهِ حَكِيمَ يَجْهَلُهُ وَحَرَّمَ (سَمَ) مَا بَقِيَ مِنْ صَيْدِهِ قَبْلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ نَاسِيًا حَلًّا ، وَلَوْ رَمَى بِسَهْمٍ وَاحِدٍ صَيُودًا ، أَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ عَلَى صَيُودٍ فَأَخَذَهَا أَوْ أَحَدَهَا ، أَوْ أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ فَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلًّا مَا دَامَ فِي جِهَةِ إِرْسَالِهِ ،

عَلَى ذَلِكَ ، وَالْفَهْدُ وَنَحْوُهُ يَحْتَمِلُ الضَّرْبَ وَعَادَتُهُ الْإِفْتِرَاسُ وَالنَّفَارُ ، فَيَشْتَرِطُ فِيهِ تَرْكُ الْأَكْلِ وَالْإِجَابَةُ جَمِيعًا . قَالَ (وَيُرْجَعُ فِي مَعْرِفَةِ التَّعْلِيمِ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ بِذَلِكَ وَلَا تَأْقِيتَ فِيهِ) لِأَنَّ الْمُبَادِيرَ لَا تَعْرِفُ اجْتِهَادًا بَلْ سَمَاعًا وَلَا سَمْعَ فَيَفُوتُ إِلَى أَهْلِ الْخَبْرَةِ بِهِ ، وَلِأَنَّ ذَلِكَ يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ طَبَاعِهَا . وَرَوَى الْحَسَنُ عَنْ أَبِي حَنِيفَةَ أَنَّهُ قَالَ : لَا تَأْكُلْ أَوَّلَ مَا يَصِيدُهُ وَلَا الثَّانِي وَكُلِ الثَّلَاثَ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : إِذَا تَرَكَ الْأَكْلَ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ صَارَ مَعْلَمًا وَلَا يُؤْكَلُ الثَّلَاثَ ، لِأَنَّ الْعِلْمَ لَا يَثْبُتُ بِالتَّرْكِ مَرَّةً لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ تَرَكَهُ شُبْعًا أَوْ خَوْفًا مِنَ الضَّرْبِ فَلَا بَدَّ مِنَ الْمَرَّاتِ وَأَقْلَهُ ثَلَاثَةٌ لِأَنَّهَا لِإِبْلَاءِ الْأَعْدَارِ ، وَلَا يُؤْكَلُ الثَّلَاثَ لِأَنَّ بَعْدَهَا حَكْمًا بِكَوْنِهِ عَالِمًا ، وَعَلَى رَوَايَةِ الْحَسَنِ يُؤْكَلُ لِأَنَّ بِالثَّلَاثَةِ عَلِمْنَا أَنَّهُ عَالِمٌ فَكَانَ صَيْدٌ جَارِحَةٌ مَعْلَمَةٌ فَيُؤْكَلُ . قَالَ (فَإِنْ أَكَلَ أَوْ تَرَكَ لِإِجَابَةِ بَعْدِ الْحُكْمِ بِتَعْلِيمِهِ حَكِيمَ يَجْهَلُهُ وَحَرَّمَ مَا بَقِيَ مِنْ صَيْدِهِ قَبْلَ ذَلِكَ) وَقَالَا : لَا يَحْرَمُ إِلَّا الَّذِي أَكَلَ مِنْهُ لِأَنَّا حَكَمْنَا بِحَلِّ صَيْدِهِ قَبْلَ ذَلِكَ بِالْاجْتِهَادِ فَلَا يَنْقُضُ بِالْاجْتِهَادِ مِثْلَهُ . وَلَهُ أَنْ بِالْأَكْلِ عَلِمْنَا جَهْلَهُ ، لِأَنَّ الصَّيْدَ حَرْفَةٌ فَلَمَّا تَنَسَّى ، فَلَمَّا أَكَلَ عَلِمْنَا أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ عَالِمًا فَيَحْرَمُ جَمِيعُ مَا صَادَهُ قَبْلَ ذَلِكَ لِأَنَّهُ صَيْدٌ كَلْبٌ غَيْرُ مَعْلَمٍ ، وَتَثَبَّتِ الْحَرْمَةُ فِيمَا بَقِيَ مِنْ صَيْدِهِ ، لِأَنَّ مَا أَكَلَ لَمْ يَبْقَ مَحَلًّا لِلْحُكْمِ ، وَالْاجْتِهَادُ يَتْرَكَ بِمِثْلِهِ قَبْلَ حَصُولِ الْمَقْصُودِ وَهُوَ الْأَكْلُ كَاجْتِهَادِ الْقَاضِي إِذَا تَبَدَّلَ قَبْلَ الْقَضَاءِ ، وَمَا كَانَ فِي الْمَفَازَةِ مِنْ صَيْدٍ فَحَرَامٌ بِالْإِجْمَاعِ . قَالَ (وَإِنْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ نَاسِيًا حَلًّا) لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « رَفَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ وَالنِّسْيَانَ » الْحَدِيثُ . قَالَ (وَلَوْ رَمَى بِسَهْمٍ وَاحِدٍ صَيُودًا ، أَوْ أَرْسَلَ كَلْبَهُ عَلَى صَيُودٍ فَأَخَذَهَا أَوْ أَحَدَهَا ، أَوْ أَرْسَلَهُ إِلَى صَيْدٍ فَأَخَذَ غَيْرَهُ حَلًّا مَا دَامَ فِي جِهَةِ إِرْسَالِهِ) لِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهِ حَصُولُ الصَّيْدِ وَالذَّبْحُ يَقَعُ بِالْإِرْسَالِ وَهُوَ فَعْلٌ وَاحِدٌ فَيَكْتَفِي فِيهِ بِتَّسْمِيَةِ وَاحِدَةٍ ، بِخِلَافِ مَنْ ذَبَحَ الشَّاتَيْنِ بِتَّسْمِيَةِ وَاحِدَةٍ ، لِأَنَّ الثَّانِيَةَ مَذْبُوحَةٌ بِفَعْلٍ آخَرَ فَلَا بَدَّ مِنْ تَّسْمِيَةِ أُخْرَى حَتَّى لَوْ أَضْمَعَ إِحْدَاهُمَا فَوْقَ الْأُخْرَى وَذَبَحَهُمَا مَرَّةً وَاحِدَةً أَجْزَاءَ تَّسْمِيَةِ وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ الْأَخْذَ مُضَافًا إِلَى الْإِرْسَالِ وَفِي تَعْيِينِ الْمَشَارِ إِلَى نَوْعٍ حَرَجَ فَلَا يَعْتَبَرُ تَعْيِينُهُ ، وَلَوْ أَرْسَلَ الْفَهْدَ فَكُنْ حَتَّى اسْتَطَاعَ مِنَ الصَّيْدِ فَوُثِبَ عَلَيْهِ فَقَتَلَهُ حَلًّا لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ عَادَتِهِ لِيَتِمَّكَنَ مِنْ أَخْذِ الصَّيْدِ ، وَكَذَا الْكَلْبُ إِذَا تَعَوَّدَ هَذِهِ الْعَادَةَ بِمَنْزِلَةِ الْفَهْدِ ، وَلَوْ عَدَلَ عَنِ الصَّيْدِ يَمْنَةً أَوْ بِسِرَّةٍ وَتَشَاغَلَ فِي غَيْرِ طَلَبٍ

وَلَوْ أَرْسَلَهُ وَلَمْ يُسَمِّ ثُمَّ زَجَرَهُ وَسَمَّى ، أَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ فَرَجَرَهُ مُجُوسِيٌّ
أَوْ بِالْعَكْسِ ، فَالْمُعْتَبَرُ حَالَةُ الْإِرْسَالِ ، فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ لَمْ يُوْكَكَلْ ،
وَلَوْ شَرِبَ دَمَهُ أَكِيلٌ ، وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ قِطْعَةً قَرَّبَهَا ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ
ثُمَّ أَكَلَ مَا أَلْقَاهُ أَكِيلٌ ، وَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي يُوْكَكَلُ ، وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا
لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالتَّذَكِّيَةِ وَكَذَلِكَ فِي الرَّمْيِ ،

الصَّيْدُ وَقَرَّ عَنْ سَنَنِهِ ثُمَّ اتَّبَعَ صَيْدًا فَأَخَذَهُ لَمْ يُوْكَكَلْ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَرْسَلٍ ، وَالْإِرْسَالُ شَرْطُ بَقُولِهِ
تَعَالَى - مَكْلِينَ - أَيْ مُسْلَطِينَ ، فَإِنْ زَجَرَهُ صَاحِبُهُ فَانْزَجَرَ حَلٌّ ، لِأَنَّهُ زَجَرَ كَارِسَالٍ
مُسْتَأْنَفٍ ، وَلَوْ انْقَلَبَ فَصَاحَ بِهِ وَسَمَّى ، فَإِنْ انْزَجَرَ بِصِيَاحِهِ حَلٌّ وَإِلَّا فَلَا . قَالَ (وَلَوْ
أَرْسَلَهُ وَلَمْ يُسَمِّ ثُمَّ زَجَرَهُ وَسَمَّى ، أَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ فَرَجَرَهُ مُجُوسِيٌّ أَوْ بِالْعَكْسِ ، فَالْمُعْتَبَرُ حَالَةُ
الْإِرْسَالِ) وَكَذَا لَوْ أَرْسَلَهُ مُسْلِمٌ فَرَجَرَهُ مُرْتَدٌّ أَوْ مُحَرَّمٌ فَانْزَجَرَ ، وَكَذَا لَوْ تَرَكَ التَّسْمِيَةَ عَامِدًا
ثُمَّ زَجَرَهُ مُسْلِمٌ وَسَمَّى لَمْ يَحِلَّ ، لِأَنَّ الْحَكْمَ مُضَافًا إِلَى الْإِرْسَالِ الْأَوَّلِ وَبِهِ تَسْلُطٌ وَتَكْلِبٌ
وَمَا بَعْدَهُ تَقْوِيَةٌ لِلْإِرْسَالِ وَتَحْرِيفٌ لِلْكَلْبِ فَيُعْتَبَرُ حَالَةُ الْإِرْسَالِ ، فَإِذَا صَدَرَ صَحِيحًا لَا يَنْقَلِبُ
فَاسِدًا ، وَإِذَا صَدَرَ فَاسِدًا لَا يَنْقَلِبُ صَحِيحًا بِالزَّجْرِ ، وَلَوْ أُرْسِلَ كَلْبُهُ الْمَعْلُومُ فَرَدَّ عَلَيْهِ الصَّيْدُ
كَلْبٌ غَيْرُ مَعْلُومٍ أَوْ غَيْرُ مَرْسَلٍ فَأَخَذَهُ الْأَوَّلُ لَمْ يُوْكَكَلْ ، وَلَوْ رَدَّ عَلَيْهِ آدَمِيٌّ أَوْ دَابَّةٌ أَوْ طَيْرٌ
أَوْ مُجُوسِيٌّ حَلٌّ ، لِأَنَّهُ أَخَذَ الْكَلْبُ ذَبْحَ حَكْمًا وَلَا يَصْلَحُ أَحَدُ هَؤُلَاءِ مُشَارِكًا لِإِيَّاهُ فِي الذَّبْحِ ،
وَالْكَلْبُ الْجَاهِلُ يَصْلَحُ مُشَارِكًا لِأَنَّهُ جَارِحٌ بِنَفْسِهِ فَاجْتَمَعَ الْمَيْحُ وَالْمُحَرَّمُ فَيُحَرَّمُ كَمَا لَوْ مَدَّ
الْقَوْسَ مُسْلِمٌ وَمُجُوسِيٌّ فَأَصَابَا صَيْدًا فَإِنَّهُ يُحَرَّمُ وَلَوْ مَدَّ يَدَهُ عَلَيْهِ وَلَكِنَّهُ شَدَّ عَلَيْهِ وَاتَّبَعَ أَثَرُ
الْمَرْسَلِ حَتَّى قَتَلَهُ الْأَوَّلُ أَكَلَ ، لِأَنَّ الثَّانِيَّ مُحَرَّمٌ لَمْ يَشْرِكْ . قَالَ (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْكَلْبُ
لَمْ يُوْكَكَلْ) لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْلُومٍ لِمَا بَيْنَا ، وَلَقَوْلُهُ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ فَلَا تَأْكُلْ
فَإِنَّمَا أَمْسَكَ عَلَى نَفْسِهِ » (وَلَوْ شَرِبَ دَمَهُ أَكَلَ) لِأَنَّ ذَلِكَ غَايَةُ التَّعْلِيمِ (وَلَوْ أَخَذَ مِنْهُ قِطْعَةً
فَرَمَاهَا ثُمَّ أَخَذَ الصَّيْدَ وَقَتَلَهُ ثُمَّ أَكَلَ مَا أَلْقَاهُ أَكَلَ) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ صَيْدًا ، حَتَّى لَوْ أَكَلَ مِنْ نَفْسِ
الصَّيْدِ فِي هَذِهِ الْحَالَةِ لَا يَضُرُّهُ فَهَذَا أَوَّلِي . قَالَ (فَإِنْ أَكَلَ مِنْهُ الْبَازِي يُوْكَكَلُ) وَقَدْ مَرَّ . قَالَ
(وَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا لَا يَحِلُّ إِلَّا بِالتَّذَكِّيَةِ ، وَكَذَلِكَ فِي الرَّمْيِ) لِأَنَّهُ قَدَّرَ عَلَى الذَّكَاءِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ
فَلَا تَجْزِي الْإِضْطِرَّارِيَّةُ لَانْدِفَاعِ الضَّرُورَةِ وَهَذَا إِذَا قَدَّرَ عَلَى ذَبْحِهِ ، فَإِنْ أَدْرَكَهُ حَيًّا وَلَمْ
يَتِمَّكَنْ مِنْ ذَبْحِهِ إِمَّا لِفَقْدِ آلَةٍ أَوْ لَضَيْقِ الْوَقْتِ وَفِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ فَوْقَ حَيَاةِ الْمَذْبُوحِ لَمْ يُوْكَكَلْ .
وَعَنْ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَبِي يُوسُفَ أَنَّهُ يُوْكَكَلُ إِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى الذَّكَاءِ حَقِيقَةً فَصَارَ كَالْمُتِمِّمِ إِذَا
وَجَدَ الْمَاءَ وَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى اسْتِعْمَالِهِ ؛ وَجَهَ الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَمَّا قَدَّرَ عَلَيْهِ وَبِهِ حَيَاةٌ لَمْ يَبْقَ
فَلَا يَحِلُّ إِلَّا بِالذَّكَاءِ الْإِخْتِيَارِيَّةِ وَهَذَا إِذَا كَانَ بِحَالٍ يَتَوَهَّمُ حَيَاتِهِ ؛ أَمَّا إِذَا بَقِيَ فِيهِ مِنَ الْحَيَاةِ
مِثْلُ الْمَذْبُوحِ أَوْ بَقَرِ بَطْنِهِ وَأَخْرَجَ مَا فِيهَا ثُمَّ أَخَذَهُ وَبِهِ حَيَاةٌ فَانَّهُ يَحِلُّ لِأَنَّهُ مَيِّتٌ حَكْمًا ،

وإن شارك كلبه كلب لم يذكر عليه اسم الله ، أو كلب مجوسى ، أو غير معلّم لم يؤكل ؛ ولو سمع حساً فظنه آدمياً فرماه ، أو أرسل عليه كلبه فإذا هو صيد أكيل ؛ وإذا وقع الصيد في الماء أو على سطح أو جبل أو سنان رمح ، ثم تردى إلى الأرض لم يؤكل ؛ ولو وقع ابتداء على الأرض أكيل ؛ وفي طير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل وإلا أكيل ، ولا يؤكل ما قتلته البندقة والحجر والعصا والمعرّاض بعرضه . فإن خزق

ولهذا لو وقع في هذه الحالة في الماء لا يحرم كما إذا وقع وهو ميت . وعن أبي حنيفة أنه لا يؤكل أيضا لأنه أخذه حيا فلا يحل إلا بالذكاة الاختيارية ، فلو أنه ذكاه حل بالإجماع . قال تعالى - إلا ما ذكيتم - من غير فصل ، وعلى هذا المتردية والنطيحة والموقودة والذي بقى الذئب بطنها وفيها حياة خفيفة أو ظاهرة وهو المختار لما تلونا . وعن محمد إذا كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح حل وإلا فلا ، إذا اعتبر بهذه الحياة . وعن أبي يوسف إذا كان بحال لا يعيش مثله لا يحل ، لأن موته لا يحصل بالذبح . قال (وإن شارك كلبه كلب لم يذكر عليه اسم الله ، أو كلب مجوسى ، أو غير معلّم لم يؤكل) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم « وإن شارك كلبك كلب آخر فلا تأكل ، فانك إنما سميت على كنبك ولم تسم على كلب غيرك » ولأنه اجتمع الحرم والمبيح فيغلب الحرم المبيح احتباطا . قال (ولو سمع حسا فظنه آدميا فرماه ، أو أرسل عليه كلبه فإذا هو صيد أكل) لأنه لا اعتبار بظنه مع كونه صيدا حقيقة ، وكذلك لو ظنه حس صيد فتبين كذلك حل ، لأنه صيد وقد قصده فيحل . وعن أبي يوسف أنه استثنى الخنزير لشدة حرمة ، حتى لا تثبت إباحة شيء منه ، وغيره من السباع تثبت الإباحة في جلده ؛ ولو تبين أنه حس آدمي أو حيوان أهلي مما يأوى البيوت لم يؤكل المصاب لأنه ليس بصيد . قال (وإذا وقع الصيد في الماء ، أو على سطح أو جبل أو سنان رمح ، ثم تردى إلى الأرض لم يؤكل) لأنه متردية ، قال عليه الصلاة والسلام لعدي « وإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل ، فانك لا تدري الماء قتله أم سهمك ؟ » فقد اجتمع دليلا الحل والحرمة ؛ وكذلك لو وقع على شجرة أو قصبة أو حرف آجرة لاحتمال موته بهذه الأشياء (ولو وقع ابتداء على الأرض أكل) لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، فلو اعتبرناه محرّما انسدت باب الصيد ، فإلا لا يمكن الاحتراز عنه كالعدم . قال (وفي طير الماء إن أصاب الماء الجرح لم يؤكل ، وإلا أكل) لإمكان الاحتراز عن الأوّل دون الثانی . قال (ولا يؤكل ما قتلته البندقة والحجر والعصا والمعرّاض بعرضه) لأن ذلك كله في معنى الموقودة (فان خزق (١)

(١) قوله خزق بالزاي المعجمة ، يقال : خزق السهم : إذا أصاب الرمية ونفذ فيها .

المِعْرَاضُ الْجِلْدَ بِحَدِّهِ أَكِيلٌ ، وَإِنْ رَمَاهُ بِسَيْفٍ أَوْ سِكِّينٍ فَأَبَانَ عَضْوًا مِنْهُ أَكِيلَ الصَّيْدِ ، وَلَا يُؤْكَلُ الْعَضْوُ ، وَإِنْ قَطَعَهُ نِصْفَيْنِ أَكِيلٌ ، وَإِنْ قَطَعَهُ أَثْلَاثًا أَكِيلَ الْكُلِّ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ مِنْ جِهَةِ الرَّأْسِ ؛ وَمَنْ رَمَى صَيْدًا فَأَثَخَنَهُ ثُمَّ رَمَاهُ آخَرَ فَقَتَلَهُ لَمْ يُؤْكَلْ ، وَيَضْمَنُ الثَّانِي لِلأَوَّلِ قِيَمَتَهُ غَيْرَ نَقْصَانٍ جِرَاحَتِهِ ،

المعروض الجلد بحده أكل) قال عليه الصلاة والسلام فيه « ما أصاب بحده فكل ، وما أصاب بعرضه فلا تأكل » وإن جرحته الحجر إن كان ثقيلا لم يؤكل لاحتمال أنه قتله بقتله ، وإن كان خفيفا وبه حد لا يحل لأنها قتلت بحدها ؛ ولو رماه بها فأبان رأسه أو قطع العروق لا يؤكل ، لأن العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ، ولعله مات قبل قطع العروق ، ولو كان للعصا حد فجرحت يؤكل لأنها بمنزلة المحدث . فالخاصل أن الموت إن كان بجرح يبين حل ، وإن كان بالثقل لا يحل ، وكذا إن وقع الشك احتياطاً . قال (وإن رماه بسيف أو سكين فأبان عضواً منه أكل الصيد) لوجود الجرح في الصيد وهو ذكاته (ولا يؤكل العضو) قال عليه الصلاة والسلام « ما أئين من الحي فهو ميت » . قال (وإن قطعه نصفين أكل) لأن الميان منه ليس بحي ، إذ لا يتوهم بقاء حياته . قال (وإن قطعه أثلاثاً أكل الكل إن كان الأقل من جهة الرأس) لما تقدم بخلاف ما إذا كان الأقل مما يلي العجز ، لأنه يتوهم حياته فلا يؤكل ؛ وإن رماه بسيف أو سكين فإن جرحه بالحد حل ، وإن أصابه بقفا السكين أو بمقبض السيف لا يحل لأنه وقد (١) لاجرح ؛ ولو رماه فجرحه وأدماه حل ، وإن لم يدمه لا يحل لأن الإدماء شرط . قال عليه الصلاة والسلام « ما أنهر الدم وأفرى الأوداج فكل » شرط الإنهار ، وقيل يحل لأن الدم قد ينحبس لغلظه وضيق المنفذ ، وعلى هذا إذا علق الشاة بالعناب فذبحت ولم يسل منها الدم . وقال بعضهم : إن كانت الجراحة كبيرة حل بدون الإدماء ، وإن كانت صغيرة لا بد من الإدماء . قال (ومن رمى صيداً فأثخنه ثم رماه آخر فقتله لم يؤكل) لأن بالإثخان صارت ذكاته اختيارية فصار بالجرح الثاني ميتة ، وهذا إذا كان بحال ينجو من الرمية الأولى ليكون موته مضافاً إلى الثانية ، وإن كان بحال لا يسلم من الأولى بأن قطع رأسه أو بقر بطنه ونحوه يحل لأن وجود الثانية كعدمها . قال (ويضمن الثاني للأول قيمته غير نقصان جراحته) لأنه أتلّف عليه صيداً مملوكاً له ، لأنه ملكه حيث أثخنه فخرج عن حيز الامتناع فلا يطبق

(١) قوله وقد ، قال في مختار الصحاح : وقذه : ضربه حتى استرخى وأشرف على الموت ، وبابه وعد ؛ وشاة موقوذة : قتلت بالخشب .

وَلَا تَمْ يَشْخِنَهُ الْأَوَّلُ الْأَكْلَ رَهْوً لِلثَّانِي .

كتاب الذبائح

والذَّكَاةُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الذَّبْحُ فِي الْحَلْقِ وَاللَّبَّةِ . وَاضْطِرَارِيَّةٌ ، وَهِيَ الْجَرْحُ فِي أَى مَوْضِعٍ اتَّفَقَ ، وَشَرْطُهُمَا التَّسْمِيَةُ ، وَكَوْنُ الذَّابِحِ مُسْلِمًا أَوْ كِتَابِيًّا .

براحا وهو معيب بالجراحة ، والقيمة تجب عند الإلتلاف . قال (وإن لم يشخنه الأول أكل) لأنه صيد على حاله (وهو للثاني) لأنه هو الذى أخذه ، قال عليه الصلاة والسلام « الصيد لمن أخذه » .

كتاب الذبائح

وهو جمع ذبيحة ، والذبيحة : المذبوحة ، وكذلك الذبيح ، قال الله تعالى - وفديناه بذبح عظيم - والذبيح مصدر ذبح يذبح ، وهو الذكاة أيضا ، قال تعالى - إلا ما ذكيتم - أى ذبحتم . (والذكاة) نوعان (اختيارية ، وهى الذبيح فى الحلق واللبة) قال عليه الصلاة والسلام « الذكاة ما بين اللبة واللحين » أى موضع الذكاة ، وهى قطع عروق معلومة على ما أتيتك إن شاء الله تعالى . قال (واضطرارية : وهى الجرح فى أى موضع اتفق) وهى مشروعة حالة العجز عن الاختيارية ، وذلك مثل الصيد والبعير الناذ ، فلو رماه فقتله حل أكله لأن الجرح فى غير المذبح أقيم مقام الذبيح عند تعذر الذبيح للحاجة ، والبقرة والبعير لو نذرا فى الصحراء أو المصر بمنزلة الصيد ، وكذلك الشاة فى الصحراء ، ولو نذرت فى المصر لا تحل بالعقر لأنه يمكن أخذها ، أما البقرة والبعير فربما عضه البقر ونطحه البقر فتحقق العجز فيها ؛ والمتردى فى بئر لا يقدر على ذكاته فى العروق كالصيد إذ لا يتوهم موته بالماء . قال (وشروطهما التسمية ، وكوْن الذابح مسلما أو كتابيا) أما التسمية فلقوله تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - والمراد حالة النحر بدليل قوله - فاذا وجبت جنوبها - أى سقطت بعد النحر ، وما مر من حديث عبدى فى الصيد وقوله فيه « فإنما سميت على كلبك » فلو تركها عامدا لا تحل ، لقوله تعالى - ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وإنه لفسق - ولم ينقل فى ذلك خلاف عن الصدر الأول ، وإنما اختلفوا فى متروك التسمية ناسيا ، فالقول باباحة متروك التسمية عامدا مخالف للإجماع ، ولهذا قال أصحابنا : إذا قضى القاضى بجواز بيعه لا ينفذ لأنه قول مخالف للكتاب والإجماع ، والكتان فيه كالمسلم ، ولأن ما ذكرنا من النصوص منها أمر بالتسمية ، ومنها جعلها شرطا لحل الأكل ، وذلك يدل على حرمة

فإن ترك التسمية ناسيا حل ؛ وإن أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لم تؤكل ، وإن ذبح بشقرة أخرى أكل ؛ ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره ، وأن يقول : اللهم تقبل من فلان .

المتروك عامدا ؛ وأما كون الذابح مسلما لقوله تعالى - إلا ما ذكيتم - خطاب للمسلمين ؛ وأما الذي فلقوله تعالى في طعام الذين أوتوا الكتاب - حل لكم وطعامكم حل لهم - . وقال عليه الصلاة والسلام في المجوس « سنا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » فدل على حل ذبائح أهل الكتاب ، فإن سمي النصراني المسيح وسمعه المسلم لا يأكل منه ، ولو قال بسم الله وهو يعني المسيح يأكل منه بناء على الظاهر ، ويشترط أن يكون يعقل التسمية ويضبطها ويقدر على الذبح ، فتحل ذبيحة المرأة المسلمة والكتائية والصبي إذا قدر على الذبح ، والمرتب لأملة له فلا تجوز ذبيحته ، ويجوز صيد المجوسى والمرتب السمك والجراد لأنه لا ذكاة له فحله غير منوط بالتسمية . قال (فإن ترك التسمية ناسيا حل) لأن في تحريره حرجا عظيما ، لأن الإنسان قلما يخلو عن النسيان فكان في اعتباره حرج . وسئل عليه الصلاة والسلام عن نسي التسمية على الذبيحة ، فقال « اسم الله على لسان كل مسلم » ولأن الناسى غير مخاطب بما نسيه بالحديث فلم يترك فرضا عليه عند الذبح بخلاف العامد . قال (وإن أضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لم تؤكل ، وإن ذبح بشقرة أخرى أكل) ولو أخذ سهما وسمى ثم وضعه فأخذه غيره ولم يسم لا يخل ، ولو سمي على سهم فأصاب صيدا آخر حل ؛ والفرق أن التسمية في الذبح مشروطة على الذبيحة ، قال تعالى - فاذكروا اسم الله عليها صواف - فإذا تبدلت الذبيحة ارتفع حكم التسمية عليها ؛ وفي الرمي والإرسال التسمية مشروطة على الآلة ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا رميت سهمك وذكرت اسم الله عليه فكل » وقال « فإنما سميت على كلبك » فما لم تبدل الآلة فالتسمية باقية ، وإذا تبدلت ارتفع حكمها فاحتاج إلى تسمية أخرى . قال (ويكره أن يذكر مع اسم الله تعالى اسم غيره ، وأن يقول : اللهم تقبل من فلان) لأن الشرط هو الذكر الخالص ، لقول ابن مسعود : جردوا التسمية ، فإذا ذكر اسم غير الله تعالى مع اسم الله تعالى ؛ فاما إن ذكره موصولا به أو مفصولا ، فإن فصل فلا بأس بأن ذكره قبل التسمية أو قبل الإضجاع أو بعد الذبيحة لأنه لا مدخل له في الذبيحة . وروى أنه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح « اللهم تقبل هذه من أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ » وإن ذكره موصولا ، فاما إن كان معطوفا أو لم يكن ، فإن كان معطوفا حرمت ، لأنه أهل به لغير الله بأن يقول : باسم الله واسم فلان ، أو باسم الله وفلان ، أو باسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال ، ولو رفعها لا يجرم لأنه كلام

وَالسَّنَّةُ تُنَحَّرُ الْإِبِلَ وَذَبْحُ الْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، فَإِنْ عَكَسَ فَذَبَحَ الْإِبِلَ وَنَحَرَ الْبَقَرِ وَالْغَنَمَ كَرِهَهُ وَيُؤْكَلُ . وَالْعُرُوقُ الَّتِي تُقَطَّعُ فِي الذَّكَاةِ : الْحُلُقُومُ وَالْمَرِيُّ وَالْوَدَجَانِ ، فَإِنْ قَطَعَهَا حَلَّ الْأَكْلُ ، وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ ثَلَاثَةً (س) مِنْهَا ؛

مستأنف غير متعلق بالذبيحة ، وإن كان موصولا غير معطوف بأن قال : باسم الله محمد رسول الله لا يحرم لأنه لما لم يعطف لم توجد الشركة فيقع الذبح خالصا لله تعالى إلا أنه يكره لأنه لصورة المحرم من حيث القران في الذكر ؛ ولو قال عند الذبح : اللهم اغفر لي لا يحل لأنه دعاء ، ولو قال : الحمد لله أو سبحان الله ينوي التسمية حل ، والمنقول المتوارث من الذكر عند الذبح : بسم الله الله أكبر ، وكذا فسر ابن عباس رضي الله عنهما قوله - فاذكروا اسم الله عليها صواف - . قال (والسنة نحر الإبل وذبح البقر والغنم ، فإن عكس فذبح الإبل ونحر البقر والغنم كره ويؤكل) قال تعالى - فصل لربك وانحر - قالوا : المراد نحر الجزور . وقال - إن الله يأمركم أن تذبحوا بقرة - وقال - وفديناه بذبح عظيم - والذبح : ما يذبح وكان كبشا ، وهو المتوارث من فعل النبي صلى الله عليه وسلم والصحابة إلى يومنا هذا ؛ وإنما كره إذا عكس لمخالفته السنة ، ويؤكل لوجود شرط الحل وهو قطع العروق وإسهار الدم . قال (والعروق التي تقطع في الذكاة : الحلقوم والمرى والودجان) وقال الكرخي : الذكاة في الأوداج ، والأوداج أربعة : الحلقوم ، والمرى ، والعرقان اللذان بينهما ، وأصله قوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت » وهو اسم جمع فيتناول ثلاثة ، وهو المرى والودجان ، ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم فثبت قطع الحلقوم اقتضاء (فإن قطعها حل الأكل) لوجود الذكاة (وكذلك إذا قطع ثلاثة منها) أي ثلاثة كانت . وقال أبو يوسف : لا بد من قطع الحلقة والمرى وأحد الودجين . وعن محمد أنه يعتبر الأكثر من كل عرق . وذكر القدوري قول محمد مع أبي يوسف ، وحمل الكرخي قول أبي حنيفة ، وإن قطع أكثرها حل على ما قاله محمد ، والصحيح ما ذكرنا . لمحمد أن الأمر ورد بفري العروق ، وكل واحد منفصل عن الباقيين أصل بنفسه فلا يقوم غيره مقامه ، إلا أنه إذا قطع أكثره فكأنه قطعه إقامة للأكثر مقام الكل ، ولأن المقصود يحصل بقطع الأكثر ؛ ألا يرى أنه يخرج به ما يخرج بقطع جميعه ، ولأن الذبح قد يبقى اليسير من العروق فلا اعتبار به . ولأبي يوسف رحمه الله أن كل واحد منهما يقصد بقطعه غير ما يقصد بقطع الآخر ، فإن الحلقوم مجرى النفس ، والمرى مجرى الطعام ، والودجين مجرى الدم ، فإذا قطع أحد الودجين حصل المقصود بقطعهما ، وإذا ترك الحلقوم أو المرى لا يحصل المقصود من قطعه بقطع ما سواه . ولأبي حنيفة أن الأكثر يقوم مقام الكل في الأصول ، فبقطع أي حلق كان حصل قطع الأكثر ،

وَيَجُوزُ الذَّبْحُ بِكُلِّ مَا أَفْرَى الْأَوْدَاجَ وَأَنْهَرَ الدَّمَ ، إِلَّا السِّنَّ الْقَائِمَةَ وَالظُّفْرَ الْقَائِمَ . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُجِدَّ شَفْرَتَهُ ، وَيُكْرَهُ أَنْ يَبْلُغَ بِالسَّكِينِ النَّخَاعَ ، أَوْ يَقْطَعَ الرَّأْسَ وَتُؤْكَلَ ؛ وَيُكْرَهُ سَلْخُهَا قَبْلَ أَنْ تَبْرُدَ ، وَمَا اسْتَأْنَسَ مِنَ الصَّيْدِ فَذَكَاتُهُ اخْتِيَارِيَّةٌ ، وَمَا تَوَحَّشَ مِنَ النَّعَمِ فَاضْطِرَّارِيَّةٌ ؛

ولأن المقصود يحصل بذلك ، وهو إنهار الدم والتسبب إلى إزهاق الروح ، لأنه لا يحيا بعد قطع مجرى النفس والطعام ، والدم يجري بقطع أحد الودجين فيكتفى به تحرزا عن زيادة التعذيب . قال (ويجوز الذبح بكل ما أفرى الأوداج وأنهر الدم ، إلا السن القائمة والظفر القائم) لقوله عليه الصلاة والسلام « أفر الأوداج بما شئت وكل » وقوله « أنهر الدم بما شئت » وقال عليه الصلاة والسلام « كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ، ما خلا السن والظفر فانهما مدى الحبشة » والحبشة كانوا يذبحون بهما قائمين ، ولأن القتل بهما قائمين يحصل بقوة الآدمي وثقله فأشبهه المنخنقة ، ولو ذبح بهما منزوعين لأبأس بأكله ويكره . أما الكراهة فلظاهر الحديث وأنه استعمال لجزء الآدمي وأنه حرام ، ولا أبأس به لما ذكرنا من المعنى والحصول المقصود ، وهو إنهار الدم وقطع الأوداج . ونص محمد على أن المذبح بهما قائمين ميتة لأنه وجد فيه نضا ، وما لا يجد فيه نضا يتحرى فيقول في الحل لأبأس به ، وفي الحرمة لا يؤكل أو يكره . قال (ويستحب أن يجد شفرته) لقوله عليه الصلاة والسلام « إذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة ، وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته » ورأى عليه الصلاة والسلام رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته ، فقال : هلا حددتها قبل أن تضجعها ؟ . قال (ويكره أن يبلغ بالسكين النخاع أو يقطع الرأس وتؤكل) والنخاع عرق أبيض في عظم الرقبة ، لأنه عليه الصلاة والسلام « نهى أن تنزع الشاة إذا ذبحت » وفسروه بما ذكرنا . وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويؤكل لوجود المقصود ، لأن هذه الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الألم فلا يوجب التحريم . قال (ويكره سلعها قبل أن تبرد) أي يسكن اضطرابها ، وكذا يكره كسر عنقها قبل أن تبرد لما فيه من تألم الحيوان وبعد ذلك لألم فلا يكره . وفي الحديث « ألا لاتنزعوا الذبيحة حتى تجب » أي لاتقطعوا رقبتها وتفصلوها حتى تسكن حركتها ، وإن ذبح الشاة من قفاها إن ماتت قبل قطع العرق فهي ميتة لوجود الموت بدون الذكاة ، وإن قطعت وهي حية حلت لأنها ماتت بالذكاة ، كما إذا جرحها ثم ذبحها ، إلا أنه يكره فعله لما فيه من زيادة الألم من غير فائدة . قال (وما استأنس من الصيد فذكاته اختيارية) للقدرة عليها (وما توحش من النعم فاضطرارية) للعجز عن الاختيارية .

وَلَا إِذَا كَانَ فِي بَطْنِ الْمَذْبُوحِ جَنْزِينَ مَيِّتٌ لَمْ يُؤْكَلْ (سم) ، وَإِذَا ذُبِيحَ مَا لَا يُؤْكَلُ
لَحْمُهُ طَهَرَ جِلْدُهُ وَتَحْمُهُ إِلَّا الْخِزِيرَ وَالْآدَمِيَّ .

فصل

وَلَا يَحِلُّ أَكْلُ كُلِّ ذِي نَابٍ مِنَ السَّبَاعِ وَلَا ذِي مَخْلَبٍ مِنَ الطَّيْرِ ،

قال (وإذا كان في بطن المذبح جنين ميت لم يؤكل) وقالوا : إذا تم خلقه أكل وإلا فلا ،
لقوله عليه الصلاة والسلام « ذكاة الجنين ذكاة أمه » ولأنه جزء الأم متصل بها يتغذى
بغذائها ويتنفس بتنفسها ويدخل في بيعها ويعتق باعتاقها ، فيتذكى بذكاتها كسائر أجزائها .
ولأن حنيقة أنه حيوان بانفراده حتى يتصور حياته بعد موتها فيفرد بالذكاة ، ولهذا يعتق
باعتاق مفرد ، وتجب فيه الغرة وتصح الوصية به وله دونها ، ولأنه حيوان دموي لم يخرج
دمه فصار كالمنخنقة . لأن بذكاة الأم لا يخرج دمه بخلاف الصيد ، لأن الجرح موجب
لخروج الدم ، ولأنه احتمال موته بذبح الأم واحتمل قبله فلا يحل بالشك ، والحديث
روى بالنصب بنزع الخافض فدل على تساويهما في الذكاة لقوله تعالى - ينظرون إليك
نظر المغشى عليه من الموت - وعلى رواية الرفع احتمال التشبيه أيضا كقوله تعالى - وجنة
عرضها السموات والأرض - فيحمل عليه توفيقا ، ولهذا كره أبو حنيفة ذبح الشاة الحامل
التي قربت ولادتها لما فيه من إضاعة الولد ، وعندهما لا يكره لأنه يؤكل عندهما . قال
(وإذا ذبح ما لا يؤكل لحمه طهر جلده ولحمه إلا الخنزير والآدمي) فان الذكاة لا تعمل
فيهما ، لأن الذكاة تزيد الرطوبات وتخرج الدماء السائلة ، وهي المنجسة لآذات اللحم
والجلد فيطهر كما في الدباغ . أما الآدمي فلكرامته وحرمة ، والخنزير لنجاسته وإهائته
فلا تعمل الذكاة فيهما كما لا يعمل الدباغ في جلدهما وقد مر في الطهارة ؛ ولو ذبح شاة
مريضة فلم يتحرك منها شيء إلا فيها . قال محمد بن سلمة : إن فتحت فاهما وعينها ومدت
رجلها ونام شعرها لم تؤكل ، وإن كان على العكس أكلت .

فصل

(ولا يحل أكل كل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب من الطير) لأنه عليه الصلاة
والسلام « نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع » وقوله عقيب النوعين من السباع
ينصرف إليهما فيثبت الحكم فيما له مخلب وناب من سباع الطير والبهائم دون غيرهما ، والسبع
كل جارح قتال منتهب متعد عادة كالأسد والنمر والفهد والذئب والثعلب والدب والقيل
والقرود واليربوع وابن عرس والسنور البري والأهلي ؛ وذو المخلب من الطير : الصقر

وَلَا تَحِلُّ الْحُمُرُ الْأَهْلِيَّةُ وَلَا الْبِغَالُ وَلَا الْخَيْلُ (سم) ،

والبازي والنسر والعقاب والشاهين والحدأة . قال أبو حنيفة : الدلق (١) والسنجاب (٢) والفنك (٣) والسمور (٤) وما شابهه سبع ؛ ولا يؤكل ابن عرس لأنها ذات أنياب فدخلت تحت النص ، وفي الحديث نهى عن أكل الخبطة والنهبة والمجتمعة ، فالخبطة : التي تختطف في الهواء كالبازي ونحوه ، والنهبة : الذي ينتهب على الأرض كالذئب والكلب ونحوه ، والمجتمعة : فقد روى بالفتح والكسر فبالفتح كل صيد جثم عليه الكلب حتى مات غما ، وبالكسر كل حيوان من عادته أن يجثم على الصيد كالذئب والكلب ؛ ومعنى تحریم هذه الأشياء كرامة لبني آدم لثلاث يتعدى إليهم شيء من هذه الحصال الذميمة بالأكل ؛ وكل ما ليس له دم سائل حرام إلا الجراد ، مثل الذباب والزناير والعقارب ، وكذا سائر هوام الأرض وما يدب عليها وما يسكن تحتها ، وهي الحشرات كالقاراة والوزغة واليربوع والقنفذ والحية ونحوها ، لأن جميع ذلك من الخبائث فيحرم لقوله تعالى - ويحرم عليهم الخبائث - . قال (ولا تحل الحمر الأهلية ولا البغال ولا الخيل) لقوله تعالى - والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة - خرجت في معرض الامتنان ، فلو جاز أكلها لذكره ، لأن نعمة الأكل أعظم من نعمة الركوب . وعن عليّ وابن عمر رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم « نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وعن متعة النساء » . وقال أبو يوسف ومحمد : لحم الخيل حلال لما روى عن أنس قال : أكلنا لحم فرس على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام نهى يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية وأذن في الخيل » . ولأبي حنيفة ما تلونا من الآية . وما روى خالد بن الوليد « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الخيل والبغال والحمير الأهلية » وروى المقدم بن عدي أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها وكل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير » ولأن البغل وهو نتاجه لا يؤكل فلا يؤكل الفرس ، لأن أكل التاج معتبر بأمه ؛ ألا ترى أن الحمار الوحشي لو نزا على الأتان الأهلية لا يؤكل ؟ فكذا هذا .

(١) الدلق محرّكة : دويبة كالسمور ، وهو فارسيّ معرّب ، كذا في القاموس .

(٢) السنجاب ، قال في المنجد : والسنجاب حيوان كاليربوع تتخذ منه الفراء ،

ويضرب به المثل في خفة الصعود .

(٣) قال في القاموس : الفنك بالتحريك : دابة فروتها أطيب أنواع الفراء وأشرفها

وأعدلها .

(٤) قال في المنجد : السمور : حيوان برّي يشبه السنور يتخذ من جلده فراء ثميّة .

وَيُكْرَهُ الرُّخْمُ وَالْبُغَاثُ وَالْغُرَابُ وَالضَّبُّ وَالسَّلْحَفَةُ وَالْحَشَرَاتُ ، وَيَجُوزُ غُرَابُ الزَّرْعِ وَالْعَقَقُ وَالْأَرْنَبُ وَالْجَرَادُ ، وَلَا يُؤْكَلُ مِنْ حَيَوَانَ الْمَاءِ إِلَّا السَّمَكُ ، وَلَا يُؤْكَلُ الطَّافِي مِنَ السَّمَكِ .

قال (ويكره الرخم (١) والبغاث والغراب) لأنها تأكل الجيف فكانت من الخبائث ، إذ المراد الغراب الأسود وكذلك الغداف (٢) . قال (والضَّبُّ) لما روت عائشة رضي الله عنها « أنه أهدى إلى النبي عليه الصلاة والسلام ضباً فامتنع من أكله ، فجاءت سائلة فأرادت عائشة أن تطعمها ، فقال لها : أتطعمين ما لا تأكلين ؟ » ولولا حرمة لما منعها عن التصديق كما في شاة الأنصار . قال (والسَّلْحَفَةُ) لأنها من الفواسق (والحشرات) بدليل جواز قتلها للمحرم . قال (ويجوز غراب الزرع والعقق والأرنب والجراد) قال أبو يوسف غراب الزرع له هيئة مخالفة للغراب في صغر جثته ، وأنه يدّخر في المنازل ويؤلف كالحمّام ويطير ويرجع ، والعقق يخلط في أكله فأشبهه الدجاج والأرنب ، لما روى عمار بن ياسر قال « أهدى لرسول الله عليه الصلاة والسلام أرنة مشوية فقال لأصحابه كلوا » . قال أبو يوسف : أما الوبر (٣) فلا أحفظ فيه شيئاً عن أبي حنيفة وهو عندى كالأرنب وهو يعتلف البقول والنبات ، وهذا لأن الأشياء على الإباحة إلا ما قام عليه دليل الخطر ، وأما الجراد فلقوله عليه الصلاة والسلام « أحلت لنا ميتتان ودمان ، أما الميتتان : فالسمك والجراد ، وأما الدمان : فالكبد والطحال » وسواء مات حتف أنفه أو أصابته آفة كالمنظر ونحوه لإطلاق النص . قال (ولا يؤكل من حيوان الماء إلا السمك) لأنه ميتة فيحرم بالنص ، وإنما حل السمك بما رويناه من الحديث وأنه يشمل جميع أنواعه الجريث والمارماهي وغيرهما . وعن النبي عليه الصلاة والسلام « أنه سئل عن الضفدع يجعل شحمه في الدواء فنهى عن قتل الضفدع وقال : خبيثة من الخبائث » . قال (ولا يؤكل الطافي من السمك) وهو ما مات حتف أنفه ، لما روى جابر رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل الطافي » . وعن علي رضي الله عنه : لا تبيعوا في أسواقنا الطافي . وعن ابن عباس أنه قال : ما دسره البحر فكله ، وما وجدته مطفوءاً على الماء فلا تأكله . ومما مات من الحر أو البرد أو كدر الماء روى أنه يؤكل لأنه مات بسبب حادث كما لو ألقاه الماء على اليبس . وروى أنه لا يؤكل ، لأن الحر والبرد من صفات الزمان وليس من حوادث الموت عادة ، ولو ابتلعت سمكة سمكة تؤكل لأنه سبب حادث للموت . قال أبو يوسف عن أبي حنيفة :

(١) قوله الرخم ، قال في مختار الصحاح : الرخمة : طائر أبقع يشبه النسور في الخلقة ، وجمعه رخم اهـ . (٢) نوع من الغربان يسمى غراب القيظ .

(٣) قال في المنجد : الوبر : دوية كالسنور لكنها أصغر منه ولها ذنب صغير جداً .

كتاب الأضحية

وَهِيَ وَاجِبَةٌ عَلَى كُلِّ مُسْلِمٍ حُرٍّ مُقِيمٍ مُوسِرٍ،

تُحْبَسُ بِجَلَالَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ . وعن محمد لم يوقت أبو حنيفة فيه وقتاً وقال : تحبس حتى تطيب
والجلالة : التي تأكل العذرة ، فان خلطت فليست بجلالة ، ولذلك قالوا : الدجاجة لا تكون
جلالة لأنها تخلط . وقال محمد : إذا أثبت وتغير ووجد منه رائحة منتنة فهي جلالة لا يشرب
لبنها ولا يؤكل لحمها ويجوز بيعها وهبتها ، وإذا حبست زالت الكراهة لأن ما في جوفها
يزول وهو الموجب للتغير والنتن ، ولم يوقت أبو حنيفة لأنه إذا توقف على زوال النتن
وجب اعتبار هذا المعنى ، وفي رواية أبي يوسف قدره بثلاثة أيام اعتباراً للغالب من حالها .
وقد روى « أن النبي عليه الصلاة والسلام كان يحبس الدجاج ثلاثة أيام ثم يأكله »
وهذا على طريق التنزه فيجوز أن يكون رواية التقدير بالثلاثة بناء على هذا الحديث .

كتاب الأضحية

وهو بضمّ الهمزة وكسرهما : اسم لما يذبح أيام النحر بنية القرية لله تعالى ، وكذلك
الضحية بفتح الصاد وكسرهما ، ويقال أيضاً أضحية . قال عليه الصلاة والسلام « على أهل
كل بيت في كل عام أضحية وعتيرة » فالأضحية ما يذبح أيام النحر ، والعتيرة شاة كانت
تذبح للصنم في رجب تسخت وبقيت الأضحية ، وهي من أضحى يضحي إذا دخل في الضحى
لأنها تذبح وقت الضحى فسمى الواجب باسم وقته كصدقة الفطر والصلوات الخمس .
قال (وهي واجبة على كل مسلم حرّ مقيم موسر) أما الوجوب فذهب أصحابنا .
وروى عن أبي يوسف أنها سنة ، وذكر الطحاوي أنها واجبة عند أبي حنيفة سنة عندهما
واختاره رضي الدين النيسابوري ، والدليل على كونها سنة قوله عليه الصلاة والسلام
« ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم : الوتر والضحى والأضحى » وفي رواية « وهي لكم
سنة » وعن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما أنهما كانا لا يضحيان مخافة أن يراها الناس
واجبة ، ولأنها لو وجبت لوجب على المسافر كصدقة الفطر والزكاة ، إذ الواجبات المالية
لا تأثير للسفر فيها ؛ ودليل الوجوب قوله تعالى - فصل لربك وانحر - أمر بنحر مقرون
بالصلاة ولا ذلك إلا الأضحية ، فلئن قال : المراد أخذ اليد باليد على النحر في الصلاة .
قلنا هذا أمر وإنه يقتضي الوجوب ، ولا وجوب فيما ذكرتم بالإجماع فتعين ما ذكرنا ،
وقوله عليه الصلاة والسلام « ضحوا فإنها سنة أبيكم إبراهيم » أمر وأند للو-توب . وقوله
عليه الصلاة والسلام « من وجد سعة ولم يضح فلا يقربن مصلانا » عني الوعيد بترك

وَيَجِبُ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ شَاةٌ . وَإِنْ اشْتَرَكَ سَبْعَةً فِي بَقَرَةٍ أَوْ بَدَنَةٍ جَازَ إِنْ كَانُوا مِنْ أَهْلِ الْقُرْبَةِ وَيُرِيدُونَهَا .

الأضحية وأنه يدل على الوجوب ، ولأن إضافة اليوم إليه تدل على الوجوب لأنه لا تنصح الإضافة إليه إلا إذا وجدت فيه لاحالة ، ولا وجود إلا بالوجوب فيجب تصحيحا للإضافة وكما في يوم الفطر وصدقته . وأما قوله عليه الصلاة والسلام « ولم تكتب عليكم » قلنا نبي الكتابة نبي الفريضة ، لأن المراد من الكتابة الفرض ، قال الله تعالى - إن الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا - أي فرضا موقتا ، ولذلك تسمى الصلوات المفروضات مكتوبة ، فكان النص ينفي الفريضة ونحن نقول به إنما الكلام في نبي الوجوب ، وقوله « وهي لكم سنة » أي أثبت وجوبها بالسنة لمنا ذكرنا من التعارض في تأويل الآية ، وما وجب بالاسنة يطلق عليه اسم السنن وهو كثير النظير ، وأبو بكر وعمر كانا فقيرين فخافا أن يظهر الناس واجبة على الفقراء على أنها مسألة مختلفة بين الصحابة ، ولا احتجاج بقول البعض على البعض وال ترجيح لنا ، لأن ما ذكرناه موجب وما ذكروه ناف والموجب راجح وتمامه عرف في الأصول ، وإنما لم تجب على المسافر لأنها اختصت بأسباب شق على المسافر تحصيلها ونفوت بمضي الوقت فلم تجب كالجمعة ، بخلاف الفطر والزكاة حيث لا نفوت بالوقت ، ويجوز فيهما التأخير ودفع القيم وغير ذلك . وعن علي رضي الله عنه : ليس على المسافر جمعة ولا أضحية ، واختصاصها بالمسلم لأنها عبادة وقربة ، وبالحر لأن العبد لا يملك شيئا وبالمقيم لما مر ، ويستوى فيه المقيم بالأمصار والقرى والبادي لأنه مقيم ، وبالغنى لقوله عليه الصلاة والسلام « لاصدقة إلا عن ظهر غنى » . والمراد الغنى المشروط لوجوب صدقة الفطر . وأما أولاده الصغار فروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب عليه أن يضحى عن أولاده الصغار كصدقة الفطر ، وعنه لا تجب لأنها قربة محضة ، والقربة لا تتحمل بسبب الغير ، بخلاف صدقة الفطر فإنها ماثونة وسببها رأس يمونه ويلى عليه ، وصاروا كالعبد يؤدى عنهم صدقة الفطر ولا يضحى عنهم ، ولو كان للصبي مال ضحى عنه أبوه أو وصيه خلافا لحمد وزفر ، وهو نظير الاختلاف في صدقة الفطر . وقيل الأصح أنها لا تجب في مال الصبي بالإجماع لأنها قربة فلا يخاطب بها ، بخلاف صدقة الفطر على ما بينا ، ولأن الواجب الإراقة والتصدق بها ليس بواجب . ولا يجوز ذلك في مال الصبي لأنه لا يقدر على أكل جميعها عادة ولا يجوز بيعها فلا تجب . وذكر القدوري في شرحه الصحيح أنها تجب ولا يتصدق بها لأنه تطوع ، ولكن يأكل منها الصغير وعياله ويدخر له ما يمكنه ويبتاع له بالباقي ، وما ينتفع بعينه كما يجوز للبالغ ذلك في الجلد ، والجلد مع الحفدة كالألب عند عدمه (ويجب على كل واحد شاة) لأنه أدنى الدم كما قلنا في الهدايا . قال (وإن اشترك سبعة في بقرة أو بدنة جاز إن كانوا من أهل القرية) يعنى مسامين (ويريدونها)

وَلَوْ اشْتَرَى بَقْرَةً لِلْأُضْحِيَّةِ ثُمَّ اشْرَكَ فِيهَا سِتَّةَ أَجْزَاءُ ، وَيَقْتَسِمُونَ لَحْمَهَا بِالْوَزْنِ ، وَتَخْتَصُّ بِالْإِبِلِ وَالْبَقَرِ وَالْغَنَمِ ، وَيُجْزَى فِيهَا مَا يُجْزَى فِي الْهَدْيِ ،

يعنى يريدون القرية ، حتى لو كان أحدهم كافرا أو أراد اللحم لا القرية لا يجزى واحدا منهم لأن الدم لا يتجزى ليكون بعضه قرية وبعضه لا ، فلذا خرج البعض عن أن يكون قرية خرج الباقي ، والأصل في جواز الشركة ما روى جابر قال : « نحرنا مع رسول الله عليه الصلاة والسلام البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة » وتجزى عن أقل من سبعة بطريق الأولى ، ولا تجزى عن أكثر ، لأن القياس أن لا تجزى إلا عن واحد لأنه إراقة واحدة ، إلا أنا تركنا القياس بما روينا وأنه مقيد بالسبعة فلا يزداد عليه . وتجوز البدنة بين اثنين نصفين ، لأنه لما جاز ثلاثة أسباع فلأن يجوز ثلاثة ونصف أولى (١) ، ولو كان لأحدهم أقل من السبع لا يجزئه (ولو اشترى بقرة للأضحية ثم اشرك فيها ستة أجزاء) استحسانا ، والقياس أن لا يجوز ، لأنه أعدّها للقرية فلا يجوز بيعها وفي الشركة بيعها . وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إلى ذلك لأنه قد لا يجد إلا بقرة ولا يجد شركاء فيشترىها ثم يطلب الشركاء بعد ذلك فجوزناه للحاجة ، والأحسن أن يطلب الشركاء قبل الشراء لئلا يكون راجعا عن القرية . وعن أبي حنيفة أنه يكره ذلك بعد الشراء ، وقيل لو أراد الاشتراك وقت الشراء لا يكره . وقيل إن كان فقيرا لا يجوز لأنه أوجبها بالشراء ، فإن اشرك جاز ويضمن حصة الشركاء ، وقيل الغنى إذا شارك يتصدق بالثمن ، لأن ما زاد على السبع غير واجب عليه وبالشراء قد أوجب عليه على نفسه فيتصدق بثمنه . قال (ويقتسمون لحمها بالوزن) لأنه موزون ولا يتقاسمونه جزافا إلا أن يكون معه الأكراع والجلد فيجوز كما قلنا في البيع (وتختص بالإبل والبقر والغنم) لما مر في الهدى ، ولقول الصحابة : الضحايا من الإبل والبقر والغنم وذلك اسم للكبار دون الصغار . قال (ويجزى فيها ما يجزى في الهدى) وهو الثني من الكل ، وهو من الغنم ماله سنة ، ومن البقر سنتان ، ومن الإبل خمس سنين ، ولا يجوز الجذع من الإبل والبقر والمعز ، لما روى أبو بردة قال « قلت : يا رسول الله ضحييت قبل الصلاة وعندى عتود خير من شاتي لحم أفيجزئني أن أضحي به ؟ قال : يجزيك ولا يجزى أحدا بعدك » والعتود من المعز كالجذع من الضأن ، وهو الذي أتى عليه أكثر الحول وهو القياس في الضأن أيضا ، إلا أنا تركناه بقوله عليه الصلاة والسلام « نعم الأضحية الجذع من الضأن » ثم الاسم يتناول السالم منها ولا يجوز المعيب وقد بيناه ، والاختلاف فيه في باب الهدى بعون الله تعالى ، إلا أن القليل من العيب عفو ، لأنه قلما

(١) أى فلأن يجوز ثلاثة أسباع ونصف ربع أولى لأن نصف السبع يكون تبعا لثلاثة الأسباع اهـ.

وَتَحْتَصُّ بِأَيَّامِ النَّحْرِ ، وَهِيَ ثَلَاثَةٌ : عَاشِرُ ذِي الْحِجَّةِ وَحَادِي عَشْرِهِ وَثَانِي عَشْرِهِ أَفْضَلُهَا أَوْ لَهَا ، فَإِنْ مَضَتْ وَلَمْ يَدْبَحْ ، فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا وَقَدْ اشْتَرَاهَا تَصَدَّقَ بِهَا حَيَّةً ، وَإِنْ كَانَ غَنِيًّا تَصَدَّقَ بِثَمَنِهَا اشْتَرَاهَا أَوْ لَا ، وَيَدْخُلُ وَقْتُهَا بِطُلُوعِ الْفَجْرِ أَوَّلَ أَيَّامِ النَّحْرِ ، إِلَّا أَنْ أَهْلَ الْمِصْرِ لَا يُضَحُّونَ قَبْلَ صَلَاةِ الْعِيدِ ،

يسلم الحيوان منه فكان في اعتباره حرج فينتفي والشق في الأذن والوسم قليل لا اعتبار به ، ويتصدق بجلالها وخطامها . ولا يعطى أجر الجزاء منها وقد بيناه في الهدى . قال (وتختص بأيام النحر ، وهي ثلاثة : عاشر ذى الحجة وحادى عشره وثنى عشره ، أفضلهما أولها) لما روى عن عمر وعلى وابن عباس وابن عمر وأنس وأبى هريرة رضى الله عنهم أنهم قالوا : أيام النحر ثلاثة أفضلهما أولها ، وهذا لا يهتدى إليه العقل فكان طريقه السمع فكانهم قالوه عن النبي عليه الصلاة والسلام ، وأفضلهما أولها لما رويناه ، لكونه مسارعة إلى الخير والقربة ، وأدناها آخرها لما فيه من التأخير عن فعل الخير ، ويجوز ذبحها في أيامها ولياليها لأن الأيام إذا ذكرت بلفظ الجمع ينتظم ما بازائها من الليالي كما في النذر لما عرف من قصة زكريا عليه السلام . قال (فان مضت ولم يذبح ، فان كان فقيرا وقد اشتراها تصدق بها حية) لأنها غير واجبة على الفقير ، فاذا اشتراها بنية الأضحية تعينت للجوب ، والإراة إنما عرفت قربة في وقت معلوم وقد فات فيتصدق بعينها (وإن كان غنيا تصدق بمنها اشتراها أو لا) لأنها واجبة عليه ، فاذا فات وقت القربة في الأضحية تصدق بالثمن إخراجا له عن العهدة كما قلنا في الجمعة إذا فاتت تقضى الظهر والفدية عند العجز عن الصوم إخراجا له عن العهدة . قال (ويدخل وقتها بطولوع الفجر أول أيام النحر ، إلا أن أهل المصر لا يضحون قبل صلاة العيد) لقوله عليه الصلاة والسلام « من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته » . ومن ذبح بعد الصلاة فقد تم نسكه وأصاب سنة المسلمين » وقال عليه الصلاة والسلام « إن أول نسكنا في هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية » وهذا الشرط في حق من تجب عليه الصلاة ؛ أما من لا تجب عليه وهم أهل السواد فيجوز ذبحه بعد طلوع الفجر ، وهذا لأن العبادة لا يختلف وقتها بالمصر وعدمه كسائر العبادات . أما شرطها فيجوز أن يختلف ، ألا ترى أن الظهر يمنع من فعلها يوم الجمعة قبل صلاة الإمام ولا يمنع ذلك في السواد كذا هذا ؛ ولو ضحى بعد صلاة أهل المسجد قبل صلاة أهل الجبانة لايجوز قياسا لأنه ضحى قبل الصلاة المعتبرة ، وجاز استحسانا لحصولها بعد صلاة معتبرة فان الاكتفاء بها جائز ، ولو ضحى بها بعد أهل الجبانة قبل أهل المسجد ، قال الكرخي : كذلك ، وقيل يجوز . كما وجه لأنها هي الأصل وصلاة أهل المصر لعذر ، وقيل لايجوز بكل وجه ،

وَيَأْكُلُ مِنْ لَحْمِهَا، وَيُطْعِمُ الْأَغْنِيَاءَ وَالْفُقَرَاءَ وَيَدَّخِرُ. وَيُكْرِهُ أَنْ يَذْبَحَهَا
الْكِتَابِيُّ؛

لأن صلاة أهل المصر هي الأصل كسائر الصلوات ، وخروج الآخرين بعذر ضيق المسجد عنهم ، فإن لم يصل الإمام في اليوم الأول لعذر لا يضحى حتى تزول الشمس ، وفي اليوم الثاني تجوز قبل صلاة العيد وبعدها ، رواه القدوري عن محمد ، والمعتبر مكان الأضحية لإمكان المالك كما في الزكاة . وعن الحسن أنه اعتبر مكان المالك كضدقة الفطر : فلو كان بالمصر وأهله بالسواد جاز أن يضحوا عنه قبل الصلاة وبالعكس لا ، وعند الحسن خلاف ذلك ، ويتأكد وجوبها آخر أيام النحر حتى لو افتقر في أيام النحر سقطت عنه ، وإن افتقر بعدها لا تسقط ويتصدق بالثلث كما بينا ؛ وكذا لو مات في أيام النحر سقطت وبعدها لا ، ويجب عليه أن يوصى بالتصدق بثلثيها ، ولو اشترى الفقير وضحي ثم أيسر في أيام النحر ؛ قيل يعيد لأن العبرة لآخر الوقت ، وقيل لا لأن الوجوب بطلوع الفجر أول الأيام . قال (ويأكل من لحمها ، ويطعم الأغنياء والفقراء ويدخر) لقوله تعالى - فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير - وقال عليه الصلاة والسلام « كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها ، وكنت نهيتكم عن ادخار لحوم الأضاحي فكلوا وادخروا » وإنما يجوز أن يطعم الأغنياء لأنه يجوز له الأكل وهو غني فكذا غيره ؛ ويستحب أن لا تنقص الصدقة عن الثلث لأن النصوص قسمتها بين الأكل والتصدق والادخار فيكون لكل واحد الثلث وينتفع بجلدها فيما يفرش وينام عليه ، أو يعمل منه آلة تستعمل كالقربة والدلو والسفرة لما روى عن عائشة اتخذت من جلد أضحية سقاء ، أو يشتري به آلة كالمنخل والغربال ولا يشتري به ما لا ينتفع به إلا بالاستهلاك كالأبازير (١) ونحوها ، لأن المأثور أن ينتفع به أو يبدله مع بقاء عينه : ولا يبيعه لقوله عليه الصلاة والسلام « من باع جلد أضحيته فلا أضحية له » فإن باعه بشيء من النقود يتصدق به لأن وقت القربة قد فات فيتصدق به ، كذا رواه محمد . قال (ويكره أن يذبحها الكتابي) لأنها عبادة ، وإن ذبحها جاز لأنه من أهل التذكية ؛ والأولى أن يذبحها بنفسه إن كان يحسن الذبح لأنها عبادة ، فإذا فعلها بنفسه كان أفضل كما في سائر العبادات ، والنبي عليه الصلاة والسلام « ضحى بكبشين أملحين يذبح ويكبر ويسمى » رواه أنس . وروى جابر « أنه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين وقال حين وجههما : وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيئا مسلما ؛ اللهم منك ولك : عن محمد وأمه بسم الله الله أكبر » وإن كان لا يحسن الذبح فالأولى أن يوليها غيره ؛ ويستحب أن يحضرها إن لم يذبحها ، لقوله عليه الصلاة والسلام « يا فاطمة

(١) قوله الأبازير : هي التوابل .

وَلَوْ ذَبَحَ أَضْحِيَّةَ غَيْرِهِ بِغَيْرِ أَمْرِهِ جَازَ (ز) . وَلَوْ غَلَطَا فَنَذَبَا كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَضْحِيَّةَ الْآخَرِ جَازَ . وَيَأْخُذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَضْحِيَّتَهُ مِنْ صَاحِبِهِ مَذْبُوحَةً وَمَسْلُوحَةً وَلَا يُضْمَنُ ، فَإِنْ أَكَلَاهَا ثُمَّ عَلِمَا فَلْيَتَحَلَّلَا وَيُجْزِيَهُمَا وَإِنْ تَشَاجَرَا ضَمِنَ كُلُّ لِيَصَاحِبِهِ قِيَمَةَ لَحْمِهِ .

بنت محمد قومي فاشهدى أضحيته . فانه يغفر لك بأول قطرة تنظر من دمها إلى الأرض كل ذنب ، أما إنه يجاء بدمها ولحمها فيوضع في ميزانك وسبعون ضعفا ، قال أبو سعيد الخدرى : يانبي الله هذا لآل محمد خاصة فإنهم أهل لما خصوا به من الخير ، أم لآل محمد وللمسلمين عامة ؟ قال : لآل محمد وللمسلمين عامة . قال (ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره جاز) استحسانا ولا يجوز قياسا ، وهو قول زفر ، لأنه ذبح شاة غيره بغير أمره فيضمن ، كما إذا ذبح شاة قصاب ، وإذا ضمن لا يجزيه عن الأضحية . وجه الاستحسان أنه لما اشتراها للأضحية فقد تعينت للذبح أضحية حتى وجب عليه أن يضحي بها فصار مستعينا بكل من كان أهلا للذبح على ذبحها آذنا له دلالة ، لأنه ربما يعجز عن إقامتها لعارض يعرض له فصار كما إذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ليذبحها ، وإن كان تفوته المباشرة وحضورها ، لكن يحصل له تعجيل البر وحصول مقصوده بالنضحية بما عينه فيرضى به ظاهرا . قال (ولو غلطا فذبح كل واحد منهما أضحية الآخر جاز) وفيه قياس واستحسان كما تقدم (ويأخذ كل واحد منهما أضحيته من صاحبه مذبوحه ومسلوخة ولا يضمنه) لأنه وكيله دلالة كما مر (فإن أكلاها ثم علما فليتحللا ويجزيهما) لأنه لو أطعم كل واحد منهما صاحبه ابتداء جاز (وإن تشاجرا) (١) ضمن كل لصاحبه قيمة لحمه) لأن التضحية لما وقعت لصاحبه كان اللحم له ، ومن أتلف لحم أضحية غيره ضمنه ، ثم يتصدق كل واحد منهما بما أخذ من القيمة لأنه بدل لحم الأضحية ، فصار كما لو باع أضحيته . فقير اشترى أضحية فضاعت فاشترى أخرى ثم وجد الأولى فعليه أن يضحي بهما ، لأن الواجب على الفقير بالشراء بنية الأضحية بمنزلة النذر عرفا ، والشراء قد تعدد ، بخلاف الغنى لأن الوجوب عليه بإيجاب الشرع ، والشرع لم يوجب عليه إلا مرة واحدة . وذكر الزعفراني : إن أوجب الثانية إيجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما ، وإن أوجبها بدلا عن الأولى فله أن يذبح أيهما شاء ، لأن الإيجاب متحد فاتحد الواجب : والله أعلم .

(١) قوله تشاجرا . في نسخة أخرى : تشاحا .

كتاب الجنایات

الْقَتْلُ الْمُتَعَلِّقُ بِالْأَحْكَامِ خَمْسَةٌ : عَمْدٌ ، وَشِبْهُ عَمْدٍ ، وَخَطَأٌ ، وَمَا أُجْرِي مُجْرَى الْخَطِئِ ، وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ .

كتاب الجنایات

وهي جمع جنایة ، والجنایة : كل فعل محظور يتضمن ضرراً ، ويكون تارة على نفسه ، وتارة على غيره ، يقال : جنى على نفسه وجنى على غيره ؛ فالجنایة على غيره تكون على النفس وعلى الطرف وعلى العرض وعلى المال ؛ والجنایة على النفس تسمى قتلاً أو صلباً أو حرقاً ؛ والجنایة على الطرف تسمى قطعاً أو كسراً أو شجاً ، وهذا الباب لبيان هاتين الجنایتين وما يجب بهما . والجنایة على العرض نوعان : قذف وموجبه الحد وقد بيناه . وغيبة وموجبها الإثم ، وهو من أحكام الآخرة . والجنایة على المال تسمى غصباً أو خيانة أو سرقة وقد بيناها وموجبها في كتابي السرقة والغصب بعون الله تعالى . ثم القصاص مشروع ثبتت شرعيته بالكتاب والسنة وإجماع الأمة . أما الكتاب فقوله تعالى - يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص - الآية . وقوله - ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً - أي أثبتنا لوليه سلطنة القتل . والسنة قوله عليه الصلاة والسلام « من قتل قتلناه » وقوله عليه الصلاة والسلام « كتاب الله القصاص » وعليه الإجماع والعقل ، والحكمة تقتضي شرعيته أيضاً ، فإن الطباع البشرية والأنفس الشريرة تميل إلى الظلم والاعتداء وترغب في استيفاء الزائد على الابتداء سيما سكان البوادي وأهل الجهل العادلين عن سنن العقل والعدل كما نقل من عاداتهم في الجاهلية ، فلو لم تشرع الأجزية الزاجرة عن التعدي والقصاص من غير زيادة ولا انتقاص لتجرأ ذوو الجهل والحمية والأنفس الأبية على القتل والفتك في الابتداء وإضعاف ما جنى عليهم في الاستيفاء ، فيؤدّي ذلك إلى التفاني ، وفيه من الفساد ما لا يحصى ؛ فاقترضت الحكمة شرع العقوبات الزاجرة عن الابتداء في القتل والقصاص المانع من استيفاء الزائد على المثل فورد الشرع بذلك لهذه الحكمة حسماً عن مادة هذا الباب فقال - ولكم في القصاص حياة يا أولى الألباب - .

قال (القتل المتعلق بالأحكام خمسة : عمد ، وشبه عمد ، وخطأ ، وما أجري مجرى الخطأ ، والقتل بسبب) ومعناه القتل الواقع ابتداء بغير حق الذي يتعلق به القصاص أو الدية والكفارة هذه الخمسة ، وبيان الحصر أن القتل لا يخلو إما إن كان مباشرة أو لا ، فإن لم يكن مباشرة فهو القتل بسبب ؛ وإن كان مباشرة ، فإما إن كان عمداً أو خطأ ، فإن كان عمداً

فَالْعَمْدُ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا يُفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ : كَالسَّيْفِ وَاللِّيطَةِ وَالْمِرْوَةِ
وَالنَّارِ ؛ وَحُكْمُهُ الْمَأْثَمُ وَالْقَوْدُ ، إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ الْأَوَّلِيَاءُ ، أَوْ وَجُوبُ الْمَالِ
عِنْدَ الْمَصَالِحَةِ بِرِضَى الْقَاتِلِ فِي مَالِهِ ،

فلما إن كان بسلاح وما شابهه في تفريق الأجزاء أو بغير ذلك ؛ فان كان فهو العمد ، وإن
كان بغيره فهو شبه العمد ، وإن كان خطأ ، فأما إن كان حالة اليقظة أو حالة النوم ، فان
كان حالة اليقظة فهو الخطأ ، وإن كان حالة النوم فهو الذي أجرى مجراه ، ولئن قتل
المكره ليس مباشرة من المكره وقد جعلتموه عمدا حتى أوجبتم عليه القصاص . قلنا لما كان
المكره مطلوب الاختيار لم يضاف الفعل إليه فجعلناه كآلة في يد المكره وانتقل فعله إليه ،
فكان المكره قتله بآلة أخرى فصار مباشرة تقديرا وشرعا ، وتماه يعرف في الإكراه . قال
(فالعمد أن يتعمد الضرب بما يفرق الأجزاء كالسيف والليطة والمروة والنار) لأن العمد
فعل القلب لأنه القصد ، وذلك لا يوقف عليه إلا بدليله وهو مباشرة الآلة الموجبة للقتل
عادة ، وأنه موجود فيما ذكرناه فكان عمدا ، ولو قتله بحديد أو صفر غير محدّد كالعمود
والسنجة ونحوهما فيه روايتان في ظاهر الرواية هو عمد نظرا إلى أنه أصل الآلة ، وفي رواية
الطحاوي ليس بعمد لأنه لا يفرق الأجزاء ؛ ولو طعنه برمح لاسنان له فجرحه فهو عمد
لأنه إذا فرق الأجزاء فهو كالسيف . وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة فيمن ضرب رجلا
بإبرة وما يشبهه عمدا فمات لا قود فيه ؛ وفي المسئلة ونحوها القود لأن الإبرة لا يقصد بها القتل
عادة ويقصد بالمسلة ، وفي رواية أخرى إن غرز بالإبرة في المقتل قتل وإلا فلا . قال
(وحكمه المأثم والقود) أما المأثم فبالإجماع ، ولقوله تعالى - ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه - وقال عليه الصلاة والسلام « الأدب بنيران
الرب ملعون من هدمه » والنصوص فيه كثيرة . وأما القود فللقوله تعالى - كتب عليكم
القصاص في القتلى - والمراد به العمد لأنه لا قصاص في غيره ، وقوله عليه الصلاة والسلام
« العمد قود » أي حكمه وموجبه . قال (إلا أن يعفو الأولياء) لأن الحق لهم . قال (أو
وجوب المال عند المصالحة برضى القاتل في ماله) لأن الحق له ، فاذا صالح عنه بعوض
ورضى غريمه قليلا كان أو كثيرا جاز كما في سائر الحقوق ، ويجب في مال القاتل لقوله
عليه الصلاة والسلام « لاتعقل العاقلة عمدا ولا صلحا » وهذا عمد وصلاح فلا تتحملة العاقلة
فيجب في ماله على ما شرطنا من التأجيل والتعجيل والتنجيم ، قال عليه الصلاة والسلام
« المؤمنون عند شروطهم » فان لم يذكر شيئا فهو حال كسائر المعاضات عند الإطلاق ،
والأصل فيه قوله تعالى - فن عني له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان -
والمراد به الصلح ، وهذا لأن موجب العمد القود عينا فلا يجب المال إلا بالصلح برضا
القاتل ، بيانه قوله تعالى - وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس - فلو وجب المال أو أحدهما

أَوْ صَلَحُ بَعْضِهِمْ أَوْ عَفْوُهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، أَوْ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ لِشِبْهِهِ كَقَتْلِ الْأَبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ؛ وَلَا كُفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ . وَشِبْهُ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يُفَرِّقُ (مِم) الْأَجْزَاءَ : كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا وَالْيَدِ ،

لَا يَكُونُ النَّفْسُ بِالنَّفْسِ ، وَشَرِيعَةٌ مِنْ تَقَدُّمِنَا تَلْزَمُنَا إِلَّا أَنْ يَثْبُتَ النِّسْخُ ، وَجَمِيعُ أَحَادِيثِ التَّخْيِيرِ بَيْنَ الْقَصَاصِ وَالِدِيَةِ أَخْبَارُ أَحَادٍ لَا يَنْسَخُ بِهَا الْكِتَابُ ، وَقَوْلُهُ تَعَالَى - كَتَبَ عَلَيْكُمْ الْقَصَاصَ - وَهُوَ الْمِثْلُ لَلْعَمَلِ ، وَالْمِثْلُ بَيْنَ النَّفْسِ وَالنَّفْسِ لَا يَنْبَغِي وَبَيْنَ الْمَالِ ؛ أَوْ نَقُولُ ذَكَرَ الْقَصَاصَ وَلَمْ يَذْكُرِ الدِّيَةَ ، فَلَوْ ثَبَتَ التَّخْيِيرُ أَوْ الدِّيَةُ لَثَبَتَ بَحْجَرِ الْوَاحِدِ وَأَنَّهُ زِيَادَةٌ عَلَى الْكِتَابِ ، وَالزِّيَادَةُ نَسْخٌ وَالْكِتَابُ لَا يَنْسَخُ بِهِ . وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « الْعَمْدُ قُودٌ » وَقَالَ « كِتَابُ اللَّهِ الْقَصَاصُ » وَقَدْ مَرَّ التَّمَسُّكُ بِهِ . قَالَ (أَوْ صَلَحَ بَعْضُهُمْ أَوْ عَفْوُهُ ، فَتَجِبُ بَقِيَّةُ الدِّيَةِ عَلَى الْعَاقِلَةِ (١)) لِأَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ الْوَرِثَةِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ وَرَّثَ امْرَأَةً أَشِيمَ الضَّبَابِيَّ مِنْ عَقْلِهِ ، وَإِذَا كَانَ مُشْتَرَكًا بَيْنَهُمْ فَلِكُلِّ مِنْهُمُ الْعَفْوُ عَنْ نَصِيْبِهِ ؛ وَالصَّلَاحُ غَنَى كَفِيرِهِ مِنَ الْحَقُوقِ ، فَإِذَا صَلَحَ الْبَعْضُ أَوْ عَفَا تَعَذَّرَ الْقَصَاصُ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَجِزُ أَوْ قَدْ سَقَطَ الْبَعْضُ فَيَسْقُطُ الْبَاقِي ضَرُورَةً ، وَإِذَا سَقَطَ انْقَلَبَ نَصِيْبُ الْبَاقِي مَالًا لَثَلَاثِ سِنِينَ لَا إِلَى عَوْضٍ ، وَلَا يَجِبُ عَلَى الْقَاتِلِ لِأَنَّ الشَّرْعَ مَا أَوْجَبَهُ عَلَيْهِ كَمَا مَرَّ وَلَا التَّرَمُّهُ فَيَجِبُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِغَيْرِ قَصْدٍ مِنَ الْقَاتِلِ فَصَارَ كَالْخَطَا ، وَلَيْسَ لِلْعَاقِلِ مِنْهُ شَيْءٌ لِسُقُوطِ حَقِّهِ بِعَفْوِهِ . قَالَ (أَوْ عِنْدَ تَعَذُّرِ اسْتِيفَائِهِ لِشِبْهِهِ كَقَتْلِ الْأَبِ ابْنَهُ فَتَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ) وَهَذَا لِأَنَّ الْأَبَ لَا يَقْتُلُ بَابْنِهِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا يَقَادُ وَالِدُ بَوْلَدِهِ » وَلِأَنَّهُ جَزْؤُهُ . فَأُورِثَ شِبْهُهُ فِي الْقَصَاصِ فَسَقَطَ ، وَإِذَا سَقَطَ الْقَصَاصُ تَجِبُ الدِّيَةُ فِي مَالِهِ لِأَنَّهُ عَمْدٌ ، وَتَجِبُ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ لِمَا يَأْتِي إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . قَالَ (وَلَا كُفَّارَةَ فِي الْعَمْدِ) لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَوْجِبْهَا فِيهِ حَيْثُ لَمْ يَذْكُرْهَا وَلَوْ وَجِبَتْ لَذَكَرَهَا كَمَا ذَكَرَهَا فِي الْخَطَا وَلِأَنَّهُ كَبِيرَةٌ . وَفِي الْكُفَّارَةِ مَعْنَى الْعِبَادَةِ فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهَا وَلَا يَقَاسُ عَلَى الْخَطَا فَإِنْ جَنَايَةُ الْعَمْدِ أَعْظَمُ ، فَلَا يَلْزَمُ مِنْ رَفْعِهَا لِلْأَدْنَى رَفْعُهَا لِلْأَعْلَى . قَالَ (وَشِبْهُ الْعَمْدِ : أَنْ يَتَعَمَّدَ الضَّرْبَ بِمَا لَا يُفَرِّقُ الْأَجْزَاءَ كَالْحَجَرِ وَالْعَصَا وَالْيَدِ) وَقَالَا : إِذَا ضَرَبَهُ بِحَجَرٍ عَظِيمٍ أَوْ خَشَبَةٍ عَظِيمَةٍ فَهُوَ عَمْدٌ ؛ وَشِبْهُ الْعَمْدِ عِنْدَهُمَا أَنْ يَتَعَمَّدَ أَنْضَرِبَ بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا كَالسُّوْطِ وَالْعَصَا الصَّغِيرَةِ . لِأَنَّ مَعْنَى الْعَمْدِ قَاصِرَةٌ فِيهِمَا لِمَا أَنَّهُ لَا يَقْتُلُ عَادَةً ، وَيَقْصِدُ بِهِ غَيْرَ الْقَتْلِ كَالْتَأْدِيبِ وَنَحْوِهِ فَكَانَ شِبْهُ الْعَمْدِ ؛ أَمَّا الَّذِي لَا يَلِيبُ وَلَا يَتَقَاصِرُ عَنْ عَمَلِ السَّيْفِ

(١) قَوْلُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، فِيهِ نَظَرٌ . فَإِنَّهُ ذَكَرَ فِي الْمَرْجَاحِ وَالْكَافِي وَالْخُدَادِ وَغَيْرِهِمْ مِنْ كُتُبِ الْحَنْفِيَّةِ أَنَّ الدِّيَةَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، كَذَا بِهَامِشِ بَعْضِ النِّسْخِ .

وَمَوْجِبُهُ الْإِثْمُ وَالْكَفَّارَةُ وَالْدِّيَّةُ مُغْلَظَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَهُوَ عَمْدٌ فِيهَا دُونَ النَّفْسِ . وَالْخَطَأُ أَنْ يَرْمِيَ شَخْصًا يَظُنُّهُ صَيِّدًا ، أَوْ حَرْبِيًّا فَإِذَا هُوَ مُسْلِمٌ ، أَوْ يَرْمِي غَرَضًا فَيُصِيبُ آدَمِيًّا ، وَمَوْجِبُهُ الْكَفَّارَةُ وَالْدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ .

في إزهاق الروح فيكون عمدا . وروى أن يهوديا رضى رأس جارية بالحجر ، فأمر النبي عليه الصلاة والسلام بالقصاص . ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام « ألا إن قتل خطأ العمد قتل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل » من غير فصل بين عصا وعصا . وروى النعمان بن بشير عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال « كل شيء خطأ إلا السيف ، وفي كل خطأ أورش » وعن علي رضي الله عنه أنه قال : شبه العمد : الحذفة (١) بالعصا والقذفة بالحجر ، فالنبي عليه الصلاة والسلام سماه خطأ العمد لأنه عمد من جهة الفعل خطأ من جهة الحكم ، لأن آله ليست آلة العمد ، ولأن معنى العمدية فيه قاصر لكونه آلة غير موضوعة للقتل ولا مستعملة فيه ، وهذا لأنه لا يمكن قتله بها على غرة منه فيمكنه الاحتراز منه ، بخلاف السيف وأخوانه فإنها تستعمل على غرة من المقتول فكان شبه العمد كالعصا والسوط الصغيرين ، ولأن القتل لإفساد الآدمي صورة ومعنى ؛ أما صورة فبنقض التركيب ؛ وأما معنى فإفساد المنافع ، وقد وجد القتل ههنا معنى لاصورة ، فلو وجب القصاص وأنه يجب بالسيف عملا بالحديث يكون قتلا صورة ومعنى فلا توجد المماثلة الواجبة بالنصوص ؛ وأما اليهودي فالنبي عليه الصلاة والسلام قتله سياسة ، فانه روى أنه كان اعتاد ذلك ، وعندنا متى تكرّر منه ذلك فللإمام أن يقتله سياسة . قال (وموجه الإثم) لأنه قتل عن قصد (والكفارة) لشبهه بالخطأ ، وفيها معنى العبادة في إحياها (والدية مغلظة على العاقلة) لأن كل دية تجب بالقتل من غير صلح ولا عفو لبعض فإنها تجب على العاقلة على ما يأتي في الديات ، وسنبين كيفية وجوبها والتغليظ وقدرها ثم إن شاء الله تعالى . قال (وهو عمد فيما دون النفس) لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة ، وما دونها لا يختص بآلة دون آلة ، فبقى المعتز تعمّد الضرب وقد وجد فكان عمدا . قال (والخطأ أن يرمى شخصا يظنه صيدا أو حربيا فإذا هو مسلم) وهو خطأ في القصد (أو يرمى غرضا فيصيب آدميا) وهو خطأ في الفعل (وموجه الكفارة والدية على العاقلة) لقوله تعالى - ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله - (ولا إثم عليه) قال عليه الصلاة والسلام « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان » الحديث ، وقيل المنى إثم القتل ، وإنما يأتى من حيث ترك الاحتراز والتثبت حالة الرمي ، ولهذا وجبت الكفارة .

(١) قوله الحذفة : قال في مختار الصحاح : حذفه بالعصا : رماه بها .

وَمَا أَجْرِي مُجْرَى الْخَطَا : مِثْلُ النَّائِمِ يَنْقَلِبُ عَلَى إِنْسَانٍ فَيَقْتُلُهُ فَهُوَ كَالْخَطَا
وَالْقَتْلُ بِسَبَبٍ : كَحَافِرِ الْبُئْرِ وَوَاضِعِ الْحَجَرِ فِي غَيْرِ مَلِكِهِ وَفَنَائِهِ فَيَعْطَبُ
بِهِ إِنْسَانٌ ، وَمُوجِبُهُ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ لِأَغْيَرُ ، وَكُلُّ ذَلِكَ يُوجِبُ حِرْمَانَ
الْإِرْثِ إِلَّا الْقَتْلَ بِسَبَبٍ ، وَلَوْ مَاتَ فِي الْبُئْرِ غَمًّا أَوْ جُوعًا فَهُوَ هَدْرٌ (سم) ،
وَالْكَفَّارَةُ عَتَقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ قَبْلَ أَنْ يَجِدَ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ .
وَيُقْتَلُ الْحَرُّ بِالْحَرِّ وَبِالْعَبْدِ .

قال (وما أجرى مجرى الخطأ : مثل النائم ينقلب على إنسان فيقتله فهو كالخطأ) في الحكم
لأن النائم لا قصد له فلا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطأ ، إلا أنه في حكم الخطأ لحصول
الموت بفعله كالخاطئ . قال (والقتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه
وفنائه فيعطب به إنسان ، وموجبه الدية على العاقلة لا غير) لأنه متعمد فيما وضعه وحفره
فجعل دافعا موقعا فتجب الدية على العاقلة ، ولا يَأْتُمُ فيه لعدم القصد ، ولا كفارة عليه
لأنه لم يقتل حقيقة ، وإنما ألحقناه بالقاتل في حق الضمان بقى ما وراءه على الأصل ، وسواء
كان الواقع حرا أو عبدا أودابة فضمانه عليه ، بذلك قضى شريح بمحض من الصحابة من
غير تكبير منهم ، ولوسقاه سما فقتله فهو مسبب لأنه لم يقتله مباشرة ولا هو موضوع للقتل ،
ولهذا يختلف باختلاف الطبائع ، وإن دفعه إليه فشر به فلا شيء عليه ولا على عاقلته ،
لأن الشارب هو الذي قتل نفسه ، فصار كما إذا تعمد الوقوع في البئر . قال (وكل ذلك
يوجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب) قال عليه الصلاة والسلام « لا ميراث لقاتل »
والمسبب ليس بقاتل ولا متهم ، لأنه لا يعلم أن مورثه يقع في البئر وهو متهم في الخطأ لاحتمال
أنه قصد ذلك في الباطن . قال (ولو مات في البئر غمّا أو جوعا فهو هدر) وقال محمد :
يضمن الحافر فيهما . وقال أبو يوسف : يضمن في النعم دون الجوع ؛ لأن النعم بسبب
البئر والوقوع فيها ، أما الجوع بسبب فقد الطعام ولا مدخل للبئر في ذلك . ولمحمد أن الجوع
أيضا بسبب الوقوع إذ لولاه لكان الطعام قريبا منه . ولأبي حنيفة أنه لم يمت بالوقوع فلا
يضمن ، وإنما مات لمعنى في نفسه وهو الجوع والنعم ، وذلك غير مضاف إلى الحافر فلا
يكون مسببا . قال (والكفارة عتق رقبة مؤمنة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين) لقوله
تعالى - فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين - ولا
يجزى فيها الطعام لأن الكفارات لا تعلم إلا نصا ولا نص فيه .

فصل

(ويقتل الحرّ بالحرّ وبالعبد) أما الحرّ بالحرّ فلا خلاف فيه ، قال تعالى - الحرّ بالحرّ -

وَالرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَالصَّغِيرُ بِالْكَبِيرِ ، وَالْمُسْلِمُ بِالذِّمِّيِّ (ف) . وَلَا يُقْتَلَانِ
بِالْمُسْتَأْمَنِ ، وَيُقْتَلُ الْمُسْتَأْمَنُ بِالْمُسْتَأْمَنِ ، وَيُقْتَلُ الصَّحِيحُ بِالزَّيْمِ وَالْأَعْمَى
وَبِالْمَجْنُونِ وَبِنَاقِصِ الْأَطْرَافِ ؛ وَلَا يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِوَلَدِهِ ، وَلَا يَعْْبَدُهُ ،
وَلَا يَعْْبَدُ وَلَدَهُ ، وَلَا بِمُكَاتِبِهِ ، وَمَنْ وَرِثَ قِصَاصًا عَلَى أَبِيهِ سَقَطَ ، وَالْأُمُّ
وَالْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ مِنْ أَىِّ جِهَةٍ كَانُوا كَالْأَبِ ، وَمَنْ جَرَحَ رَجُلًا عَمْدًا
فَمَاتَ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ ،

وأما الحرّ بالعبد فلقوله تعالى - النفس بالنفس - وقال عليه الصلاة والسلام « المسلمون
تتكافأ دماؤهم » ولأنهما تساويا فى عصمة الدم فيجب القصاص للمساواة ، وقوله تعالى
- الحرّ بالحرّ - لا يدلّ على عدم جواز قتل الحرّ بالعبد لأنه تخصيص بالذكر فلا يدلّ على
نفي ما سواه ؛ ألا يرى أنه يقتل العبد بالحرّ والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر فلا حجة فيه
ونحن نعمل به ويقول - النفس بالنفس - وبالحدّيث فكان أولى من العمل به خاصة . قال
(والرجل بالمرأة ، والصغير بالكبير) لإطلاق النصوص . قال (والمسلم بالذمي) لما روى
جابر « أن النبيّ عليه الصلاة والسلام قاد مسلما بذميّ وقال : أنا أحقّ من وفى بذمته »
ولاستوائهما فى العصمة المؤبّدة ، ولأن عدم القصاص تنفير لهم عن قبول عقد الذمة وفيه
من الفساد ما لا ينجى ، والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام « لا يقتل مسلم بكافر » الحربى ،
لأن الكافر متى أطلق ينصرف إلى الحربى عادة وعرفا فينصرف إليه توفينا بين الحديّثين
(ولا يقتلان) يعنى المسلم والذميّ (بالمستأمن) لعدم التساوى فانه غير محقون الدم على
التأييد وحرابه يوجب إباحة دمه ، فانه على عزم العود والحاربة . وعن أبى يوسف أنه يقتل
به اعتبارا بالعهد وصار كالذميّ وجوابه مرّ (ويقتل المستأمن بالمستأمن) للمساواة . وقيل
لا يقتل ، وهو الاستحسان لقيام المبيع . قال (ويقتل الصحيح بالزمن والأعمى وبالمجنون
وبناقص الأطراف) لما تقدّم من العمومات ، ولأننا لو اعتبرنا التفاوت فيما وراء العصمة
من الأطراف والأوصاف لامتنع القصاص وأدى ذلك إلى التقاتل والتفانى . قال (ولا يقتل
الرجل بولده ، ولا بعبده ، ولا بعبد ولده ، ولا بمكاتبه) قال عليه الصلاة والسلام « لا يقدّ
والد بولده ولا سيد بعبده » ولأن الإنسان لا يجب لنفسه على نفسه قصاص ، ولا لولده
عليه لما تقدّم ، والمدير وأم الولد كالعبد ، وكذا لا يقتل بعبد ملك بعضه ، لأن القصاص
لا يتجزأ . قال (ومن ورث قصاصا على أبيه سقط) لأن الابن لا يثبت له قصاص على الأب
لما مرّ (والأُم والأجداد والجدات من أَىِّ جهة كانوا كالأب) لما بينهما من الجزئية ،
ولأنهم كانوا السبب فى إيجاده فصاروا كالأب . قال (ومن جرح رجلا عمدا فمات فعليه
القصاص) معناه إذا مات منها بأن لم يعرض له عارض آخر يضاف الموت إليه لأنه قتله

وَلَا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ إِلَّا بِالسَّيْفِ ، وَلَا قِصَاصٌ عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ وَالْمَوْلَى
وَالْخَاطِئِ وَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ وَكُلِّ مَنْ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، وَإِذَا قُتِلَ
عَبْدُ الرَّهْنِ فَلَا قِصَاصَ حَتَّى يَجْتَمِعَ الرَّاهِنُ وَالْمُرْتَهِنُ ، وَإِذَا قُتِلَ الْمُكَاتَبُ
عَنْ وِفَاءٍ وَلَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ أَصْلًا ، وَإِنْ لَمْ يَتْرُكْ وِفَاءً
فَالْقِصَاصُ لِلْمَوْلَى ، وَإِنْ قُتِلَ عَنْ وِفَاءٍ وَلَا وَارِثَ لَهُ إِلَّا الْمَوْلَى فَلَهُ
الْقِصَاصُ (م) ، وَإِذَا كَانَ الْقِصَاصُ بَيْنَ كِبَارٍ وَصِغَارٍ فَلِلْكِبَارِ الْإِسْتِيفَاءُ (سَم)

عمدا فيجب القصاص . قال (ولا يستوفى القصاص إلا بالسيف) قال عليه الصلاة والسلام
« لا قود إلا بالسيف » والمراد به السلاح . قال (ولا قصاص على شريك الأب والمولى
والخاطئ والصبي والمجنون وكل من لا يجب القصاص بقتله) لأنه قتل حصل بسببين :
أحدهما غير موجب للقود وهو لا يتجزى فلا يجب ، لأن الأصل في الدماء الحرمه ،
والنصوص الموجبة للقصاص مختصة بحالة الانفرد وموضع يمكن القصاص وهو غير ممكن
هنا لعدم التجزى فلا يتناول النص ، ثم من يجب عليه القصاص لو انفرد عليه نصف الدية
في ماله لأن فعله عمد ، وإنما لم يجب القصاص لتعذر الاستيفاء ، والعاقلة لاتعقل العمد
لما روينا ، ونصفها الآخر على عاقلة الآخر إن كان صبيًا أو مجنونًا أو خطأ ، لأن الدية
تجب فيه بنفس القتل ، فإن عمدا الصبي والمجنون خطأ ، قاله على رضي الله عنه ، وإن كان
الأب ففي ماله على ما تقدم . قال (وإذا قتل عبد الرهن فلا قصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن) لأنه تعلق به حق كل واحد منهما ، فالمرتهن لأملاك له فيه فلا يليه ، والراهن
ملكه لكن لو قتله بطل حق المرتهن فاشتراط اجتماعهما ليسقط حق المرتهن فلا يرجع على
الراهن . قال (وإذا قتل المكاتب عن وِفَاءٍ وَلَهُ وَرَثَةٌ غَيْرُ الْمَوْلَى فَلَا قِصَاصَ أَصْلًا) لاشتباه المولى
فإنه إن مات عبدا فالمولى وليه فإن مات حرا فالوارث وليه ، والمسألة مختلفة بين الصحابة رضي
الله عنهم فاشتبه المولى فتعذر الاستيفاء (وإن لم يترك وِفَاءً فَالْقِصَاصُ لِلْمَوْلَى) لأنه مات
عبدا بالإجماع (وإن قتل عن وِفَاءٍ وَلَا وَارِثَ لَهُ إِلَّا الْمَوْلَى فَلَهُ الْقِصَاصُ) لأن حق
الاستيفاء له حرا مات أو عبدا ، والحكم واحد وهو القود ، واختلاف السبب لا يفضي إلى
المنازعة . وقال محمد : لا قصاص لاشتباه سبب الاستيفاء بالولاية أو بالرق ، وجوابه مأمور . قال
(وإذا كان القصاص بين كبار وصغار فالكبار الاستيفاء) وقالوا : ليس للكبار ، وذلك لأنه
حق مشترك بينهم فلا ينفرد به أحدهم كالحاضر مع الغائب وأحد المولين . ولأبي حنيفة
أن القصاص لا يتجزى لأنه ثبت بسبب لا يتجزى وهي القرابة ، فثبت لكل واحد منهم
كملا كولاية الإنكاح والموليان على الخلاف ، والعفو من الصغير غير محتمل ، وفي انتظار
بلوغه تفويت الاستيفاء على سبيل الاحتمال ، بخلاف الكبيرين والغائب لأن احتمال العفو

وَإِذَا قُتِلَ وَلِيُّ الصَّبِيِّ وَالْمَعْتُوهِ فَلِلْأَبِ أَوْ الْقَاضِي أَنْ يَقْتُلَ أَوْ يُصَالِحَ ،
وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ ، وَالْوَصِيُّ يُصَالِحُ لَا غَيْرُ ، وَلَا قِصَاصَ فِي التَّخْنِيقِ
وَالْتَّغْرِيقِ (سم) ، وَتُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ ، وَيُقْتَلُ الْوَاحِدُ بِالْجَمَاعَةِ اكْتِفَاءً
وَإِنْ قَتَلَهُ وَلِيُّ أَحَدِهِمْ سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ، وَمَنْ رَمَى إِنْسَانًا عَمْدًا فَتَقَدَّ
مِنْهُ إِلَى آخِرَ وَمَاتَا فَالْأَوَّلُ عَمْدٌ وَالثَّانِي خَطَأٌ .

منه ثابت فافترقا ، ولو كان الكل صغارا قيل يستوفى السلطان ، وقيل ينتظر بلوغ أحدهم ،
والجنون والمعتوه كالصبي ، ولأن الصبي مولى عليه ، فإذا استوفاه الكبير كان بعضه أصالة
وبعضه نيابة . قال (وإذا قتل ولي الصبي والمعتوه فللأب أو القاضي أن يقتل أو يصالح
وليس له العفو ، والوصي يصالح لا غير) أما الأب فله ولاية على النفس ، وهذا من بابه
شرع لأمر راجع إليها وهو التثني فيثبت له التثني بالقتل كولاية النكاح ؛ وإذا ثبت له
ولاية القتل ثبت له ولاية الصلح لأنه أنفع للصبي ، وليس له أن يعفو لأنه يبطل الحق
بغير عوض ، وعلى هذا قطع يد المعتوه عمدا ، وكذلك القاضي لأنه بمنزلة السلطان .
ومن قتل ولا ولي له فلا سلطان أن يستوفى القصاص ، فكذلك القاضي ؛ وأما الوصي فلا
يملك العفو لما ذكرنا ، ولا القصاص لأنه لا ولاية له على النفس فتعين الصلح صيانة للحق
عن البطلان . قال (ولا قصاص في التخنيق والتغريق) خلافا لهما ، وهى مسألة القتل
بالمثقل ، فان تكرر منه ذلك فللإمام قتله سياسة لأنه سعى في الأرض الفساد . قال (وتقتل
الجماعة بالواحد) لما مر من العمومات ، ولما روى أن سبعة من صنعاء قتلوا واحدا
فقتلهم عمر رضى الله عنه وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم به ، وذلك بمحض من
الصحابة من غير نكير فكان إجماعا ، وهذا بخلاف ما إذا اجتمعوا على قطع يد حيث
لا يقطعون ، لأن القصاص في النفس يجب بازهاق الروح ولأنه لا يتبعص فيصير كل واحد
كالمنفرد في إتلافها . أما القطع يتبعص ، فيكون الواحد متلفا بعض اليد ، ولأن الاجتماع
على القتل أكثر فكان شرع الزاجر فيه دفعا لأغلب الجنايتين وأعظمهما فلا يلزم شرعه
لدفع أذناهما . قال (ويقتل الواحد بالجماعة اكْتِفَاءً) وصورته : رجل قتل جماعة فإنه
يقتل ولا يجب عليه شيء آخر ، لأنهم إن اجتمعوا على قتله وزهق الروح لا يتبعص
يصير كل واحد منهم مستوفيا جميع حقه لما بينا ، فلا يجب له شيء من الأرض (وإن
قتله ولي أحدهم سقط حق الباقيين) لأن حقهم في القصاص وقد فات ، وصار كما إذا
مات القاتل فإنه يسقط القصاص لفوات محله كذا هذا وصار كموت العبد الجاني . قال
(ومن رمى إنسانا عمدا فنفذ منه إلى آخر وماتا فالأول عمد) لأنه تعمد رميه ، وفيه القصاص
على ما بينا (والثاني خطأ) لأنه لم يقصده فكان خطأ لما مر . ومن نهشته حية وعقره سبع

فصل

وَلَا يَجْرَى الْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ إِلَّا بَيْنَ مُسْتَوَى الدِّينَةِ إِذَا قُطِعَتْ مِنْ
الْمَقْصِلِ وَتَمَثَّلَتْ .

وشج نفسه وشجه آخر ، فعلى الشاج ثلث الدية والباقي هدر لأنه تلف بثلاثة أنواع :
جناية معتبرة في الدنيا والآخرة ، وهي فعل الأجنبي ؛ وجناية هدر في الدنيا والآخرة ،
وهي فعل السبع والحبة ؛ وجناية معتبرة في الآخرة هدر في الدنيا ، وهو فعله ، فيكون
على الأجنبي ثلث دية النفس لأنه أتلّف الثلث .

فصل

(ولا يجرى القصاص في الأطراف إلا بين مستوى الدية إذا قطعت من المقصّل
وتماثلت) والأصل فيه قوله تعالى - والجروح قصاص - وأنه يقتضي المماثلة ، ولأن الأطراف
يسلك بها مسلك الأموال ، ولهذا لا يقطع الصحيح بالأشّل والكامل بالناقصة الأصابع
لاختلافهما في القيمة ، بخلاف النفس على ما مرّ . وإذا كان كذلك تنتفي المماثلة بانتفاء
المساواة في المالية ، والمالية معلومة بتقدير الشرع فأمكن اعتبار التساوي فيها ، ولا يمكن
التساوي في القطع إلا إذا كان من المقصّل . إذا ثبت هذا فنقول : لا يجرى القصاص
في الأطراف بين الرجل والمرأة ، ولا بين الحر والعبد لاختلافهما في القيمة وهي الدية ،
ولا بين العبيد لأنهم إن تفاوتت قيمتهم فظاهر ، وإن تساوت فذلك مبنى على الجزر والظن
فلا يثبت به القصاص . ونص محمد على جريان القصاص بين الرجل والمرأة في الشجاج التي
يجرى فيها القصاص ، لأنه ليس في الشجاج تفويت منفعة وإنما هو إلحاق شين وقد استويا
فيه ، وفي الطرف تفويت المنفعة وقد اختلفا فيها ، ويجرى بين المسلم والدّمي لتساويهما
في الدية . ثم النقصان نوعان : نقص مشاهد كالشلل فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ،
ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل . ونقص من طريق الحكم كاليمين مع اليسار ؛
فيمنع استيفاء كل واحد من الطرفين بالآخر . وكذا الأصابع لا يقطع إلا بمثلها اليمين
باليمين واليسار باليسار ، وكذا العين اليمين باليمين واليسار باليسار ، والناب بالناب ،
والثنية بالثنية ، والضرس بالضرس ، ولا يؤخذ إلا على الأعلى والأسفل ، لأن القصاص بني
عن المساواة ولا مساواة إلا بالتساوي في المنفعة والقيمة والعضو ، وقس على هذا أمثاله ؛
فإذا قطع يده غيره من المقصّل قطعت يده لما مرّ ، ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لأن منفعة
اليد لا تختلف بذلك وكذلك كل عضو يقطع من المقصّل كالرجل ومارن الأنف وهو

وَلَا قِصَاصَ فِي اللِّسَانِ وَلَا فِي الذِّكْرِ إِلَّا أَنْ تُقَطَّعَ الْحَشْفَةُ ؛ وَلَا قِصَاصَ فِي عَظْمِ إِلَّا السِّنَّ ، فَإِنْ قُلِعَ يُقْلَعُ ، وَإِنْ كُسِرَ يُبْرَدُ بِقَدْرِهِ ؛ وَلَا قِصَاصَ فِي الْعَيْنِ إِلَّا أَنْ يَذْهَبَ ضَوْؤُهَا وَهِيَ قَائِمَةٌ بِأَنْ يُوَضَعَ عَلَى وَجْهِهِ قُطْنٌ رَطْبٌ وَتُقَابِلُ عَيْنُهُ بِالْمِرَاةِ الْمُحَمَّاةِ حَتَّى يَذْهَبَ ضَوْؤُهَا ؛ وَلَا تُقَطَّعُ الْأَيْدِي بِالْيَدِ وَتُجَبِّ الدِّبَةُ ؛ وَمَنْ قَطَعَ يَمِينِي رَجُلَيْنِ قَطْعًا يَمِينُهُ وَأَخَذَا مِنْهُ دِيَّةَ الْأُخْرَى بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ قَطَعَهَا أَحَدُهُمَا مَعَ غَيْبَةِ الْآخَرِ فَلِلْآخَرِ دِيَّةُ يَدِهِ ؛ وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ أَشْلَ أَوْ نَاقِصَ الْأَصَابِعِ ، فَاَلْمَقْطُوعُ إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْمَعِيَّةَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَّةَ يَدِهِ ،

مالان منه ، والأذن بالأذن لإمكان المائلة بينهما في القطع . قال الله تعالى - والأنف بالأنف والأذن بالأذن - . قال (ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر إلا أن تقطع الحشفة) لأن كل واحد منهما ينقبض وينبسط فلا يمكن المائلة بينهما في القطع فلا قصاص ، بخلاف ما إذا قطع الحشفة فإنه معلوم كالمفصل ، ولو قطع بعضها وبعض الذكر فلا قصاص لتعذر المساواة . أما الأذن لا تنقبض فيمكن المائلة سواء قطعها أو بعضها . وأما الشفة إن قطعها جميعها وجب القصاص لإمكان المساواة ، وإن قطع بعضها لا قصاص لتعذرهما ، قال (ولا قصاص في عظم إلا السن) روى ذلك عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما ، ولأن المائلة متعذرة فيما سواه من العظام ، لأنه إذا كسر موضع ينكسر موضع آخر لأنه أجوف كالتقارورة ممكنة في السن ، قال تعالى - والسن بالسن - (فان قلع يقلع) سنه (وإذا كسر يبرد بقدره) تحقيقا للمساواة ، حتى لو كان السن بحال لا يمكن برده لا قصاص ، وتجب الدية في ماله ، ولا اعتبار بالكبر والصغر لاستوائهما في المنفعة . قال (ولا قصاص في العين) لتعذر المساواة (إلا أن يذهب ضوؤها وهي قائمة) فيمكن القصاص (بأن يوضع على وجهه قطن رطب وتقابل عينه بالمرآة المحمأة حتى يذهب ضوؤها) روى ذلك عن علي رضي الله عنه وغيره من الصحابة ، لأنه طريق إلى استيفاء القصاص فيسلك . وعن أبي يوسف : لا قصاص في الأحوال لأنه نقص في العين كالشلل في اليد . قال (ولا تقطع الأيدي باليد) وقد بيناه (وتجب الدية) لأنه متى تعذر القصاص تجب الدية لثلا تخلو الجناية عن موجب . قال (ومن قطع يميني رجلين قطعاً يمينه وأخذاً منه دية الأخرى بينهما) لأنهما استويا في سبب الاستحقاق كالغرماء في التركة (فان قطعها أحدهما مع غيبة الآخر فلا آخر دية يده) لأن الحاضر استوفى حقه وبقي حق الغائب وتعذر استيفاء القصاص فيصير إلى الدية . قال (وإذا كان القاطع أشل أو ناقص الأصابع ، فالْمَقْطُوعُ إِنْ شَاءَ قَطَعَ الْمَعِيَّةَ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ دِيَّةَ يَدِهِ) لأنه تعذر استيفاء حقه كمالاً ، فان رضي

وَكَذَلِكَ لَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، وَلَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ فَاَلْمَشْجُوجُ
إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ بِقَدَرِ شَجَّتِهِ ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَهُ أَرْضَهَا ؛ وَمِنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ
خَطَاً ثُمَّ قَتَلَهُ عَمْدًا قَبْلَ الْبِرِّ أَوْ أَخْطَأَ بَعْدَهُ ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ عَمْدًا ثُمَّ
قَتَلَهُ خَطَاً أَوْ عَمْدًا بَعْدَ الْبِرِّ أُخِذَ بِالْأَمْرَيْنِ ،

بدون حقه أخذه ولا شيء له غيره ، وإن شاء أخذ العوض وهو الأرض ، كمن غصب
مثلياً فأثقله ثم انقطع عن أيدي الناس ، فللمالك أن يأخذ القيمة كذا هذا ؛ ولو سقطت
اليد المعيبة أو قطعت ظلماً فلا شيء عليه لتعين حقه في القصاص ، وإنما يصير مالا باختياره
فيسقط بفوات محله ؛ ولو قطعت في قصاص أو سرقة فعليه الأرض لأنه أوفى بها حقاً مستحقاً
عليه فهي سالمة له معنى (وكذلك لو كان رأس الشاج أصغر) لأنه تعذر استيفاء حقه كاملاً
لأنه إن أخذ بقدر شجته مساحة يتعدى إلى غير حقه ، لأنه إذا شج ما بين قرنيه وما بين قرني
الشاج أقل مساحة ، فإذا استوفى مقدار شجته وهو إنما يستحق ما بين قرنيه فقد تعدى
إلى غير حقه فيتخير كما قلنا (ولو كان رأس الشاج أكبر فَاَلْمَشْجُوجُ إن شاء أخذ بقدر
شجته ، وإن شاء أخذ أَرْضَهَا) لأنه لو أخذ ما بين قرني الشاج يزاد شين الشاج بطول
الشجة ، وليس له ذلك فيتخير لما مر ، وكذلك إذا استوعبت الشجة من جهته إلى قفاه ،
ولا يبلغ قفا الشاج بخير كما قلنا . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله عمداً قبل البرء أو
خطأ بعده ، أو قطع يده عمداً ثم قتله خطأ أو عمداً بعد البرء أخذ بالأمرين) والأصل فيه
أنه متى أمكن الجمع بين الجراحات تجمع ، لأن القتل غالباً إنما يقع بجراحات متعاقبة ،
فلو اعتبرنا كل جراحة على حدة أدّى إلى الحرج ، وإذا لم يمكن يعطى كل جراحة حكمها ،
وفي هذه المسائل تعذر الجمع . أما الأول فلتغاير الفعلين وتغاير حكمهما ، وكذلك الثالثة .
وأما الثانية والرابعة فلتخلل البرء بينهما وأنه قاطع للسراية حتى لو لم يتخلل بينهما برء يجمع
بينهما ، ويكتفى ببدية واجدة في الخطأين ، وكذلك عندهما في العمدين بأن قطع يده عمداً ،
ثم قتله عمداً قبل البرء يجمع بينهما ويقتل ولا يقطع ، لأن الفعل متحد ولم يتخلل البرء
فيجمع بينهما كما في الخطأ . وقال أبو حنيفة : إن شاء الإمام قال لهم : اقطعوه ثم اقتلوه ،
وإن شاء قال لهم : اقتلوه ، لأن الجمع متعذر لأن الواجب القود وهو يعتمد المساواة
وذلك بأن يكون القطع بالقطع والقتل بالقتل فتعذر الجمع ، أو لأن القتل يمنع إضافة
السراية إلى القطع ، ألا ترى أنهما لو وجدا من شخصين يجب القصاص على القاتل فصار
كما إذا تمخل البرء ، بخلاف ما إذا سرى القطع لأن الفعل واحد ، وبخلاف الخطأين لأن
الواجب الدية ولا يعتبر فيها المساواة .

وَمَنْ قَطَعَ بَدَنَ غَيْرِهِ فَعَفَا عَنِ الْقَطْعِ ثُمَّ مَاتَ فَعَلَى الْقَاطِعِ الدِّيةُ فِي مَالِهِ ، وَلَوْ عَفَا عَنِ الْقَطْعِ وَمَا يَحْدُثُ مِنْهُ فَهُوَ عَفْوٌ عَنِ النَّفْسِ ، وَالشَّجَّةُ كَالْقَطْعِ (سم) . وَإِذَا حَضَرَ أَحَدُ الْوَلِيِّينَ وَأَقَامَ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْقَتْلِ ثُمَّ حَضَرَ الْآخَرُ فَإِنَّهُ يُعِيدُ (سم) الْبَيِّنَةَ . رَجُلَانِ أَقَرَّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْقَتْلِ فَقَالَ الْوَلِيُّ : قَتَلْتُمَاهُ فَلَهُ قَتْلُهُمَا ، وَلَوْ كَانَ مَكَانَ الْإِقْرَارِ شَهَادَةٌ فَهُوَ بَاطِلٌ ،

قال (ومن قطع يد غيره فعفا عن القطع ثم مات فعلى القاطع الدية في ماله ، ولو عفا عن القطع وما يحدث منه فهو عفو عن النفس والشجة كالقطع) وقالوا : هو عفو عن النفس في المسألتين جميعا ، لأن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عن موجهه ، وموجهه القطع لو برأ ، والقتل لو سري ، فكان عفا عن أيهما يحقق وصار كما إذا عفا عن الجناية ، فانه يتناول الجناية المقتصرة والسارية كذا هذا . ولأبي حنيفة أنه قتل نفسا معصومة عمدا ، فيجب القصاص قياسا ، والعفو وقع عن القطع لاعن القتل ، إلا أنا استحبنا قلنا نجب الدية في ماله لوجود صورة العفو ، وذلك يوجب شبهة وهي دائرة للقصاص ، بخلاف العفو عن الجناية لأنه يعم اسم جنس ، وبخلاف قوله وما يحدث منه لأنه صريح في العفو عن القتل ، ثم إن كان خطأ يعتبر عفو من الثلث لأن موجهه المال وحق الورثة متعلق بالمال ، وإن كان عمدا فن جميع المال ، لأن موجهه القصاص ولم يتعلق به حق الورثة لأنه ليس بمال . قال (وإذا حضر أحد الوليين وأقام البيينة على القتل ثم حضر الآخر فانه يعيد البيينة) وقالوا : لإعادة عليه ولو كان القتل خطأ لا يعيدها بالإجماع ، وأجمعوا أن الحاضر لا يقتص حتى يحضر الغائب لاحتمال العفو . هما أن القصاص حق الميت بدليل صحة عفو حال حياته بعد الجرح ، ولو انقلب مالا يقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ويورث عنه فيقوم الواحد مقام الجميع في إقامة البيينة . ولأبي حنيفة أن القصاص حق المقتول من وجه لما قالوا ، وحق الورثة من وجه ، فإن الوارث لو عفا عن الجراح حال حياة المجرور صح عفو ، ولو لم يكن حقه لما صح كإبراء الغريم فكان الاحتياط في الإعادة ، بخلاف الخطأ لأن الواجب المال وهو حق المقتول من كل وجه لأنه يصرف في حوائجه أولا ، وليس مبناه على التغليب حتى يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك العمد . قال (رجلان أقر كل واحد منهما بالقتل فقال الولي قتلناه فله قتلها ، ولو كان مكان الإقرار شهادة فهو باطل) وهو أن يشهد شاهدان أن زيدا قتله وآخران أن عمرا قتله ، فقال الولي : قتلناه ، والفرق أنه كذب الشهود حيث قال قتلناه ، وكذب المقرين حيث قال قتلناه ، وتكذيب الشهود تفسيق لهم ، والفسق يمنع قبول الشهادة ، وتكذيب المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره في الباقي فافترقا .

وَلَوْ رَمَى مُسْلِمًا فَارْتَدَّ وَالْعِيَاذُ بِاللَّهِ ، ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ فَقِيهِ الدِّيَّةِ (سم) ،
وَلَوْ كَانَ مُرْتَدًّا فَأُسْلِمَ لِأَشْيَاءَ فِيهِ ؛ وَلَوْ رَمَى عَبْدًا فَأَعْتَقَهُ مُوَلَاهُ فَقِيهِ
الْقِيَمَةِ (م) .

قال (ولو رمى مسلما فارتد والعياذ بالله ، ثم وقع السهم به فقيه الدية ، ولو كان مرتداً
فأسلم لأشياء فيه ؛ ولو رمى عبداً فأعتقه موله فقيه القيمة) أما الأولى فذهب ، وقال :
لأشياء فيه لأنهما يعتبران حالة الإصابة لأنها حالة التلف الموجبة للعقوبة ، وحالة التلف
أسقط عصمة نفسه بالردة ، فكانه أبرأ الراى فصار كما إذا أبرأه بعد الجرح قبل الموت ،
وله أنه صار قاتلاً برمييه وأنه متقوم معصوم عند الرمي لوجوده قبل الردة . وقضيته وجوب
القصاص إلا أن باعتبار حالة القتل أورث شبهة لردته فسقط القصاص فتجب الدية .
فأبوحنيفة يعتبر حالة الرمي ، ألا ترى أنه لورمى إلى صيد ثم ارتد ثم وقع به السهم حل ،
وكذا إذا رمى إلى صيد ثم مات ثم أصابه حل ويكون له ، ولو كفر بعد الرمي قبل الإصابة
أجزأ عنه ، وذلك دليل أن المعتبر حالة الرمي . وأما المسألة الثانية فبالإجماع لأن الرمي ما وقع
سبباً للضمان لأن المرمى غير متقوم فلا ينقلب سبباً بعد ذلك ، وعلى هذا إذا رمى حربياً فأسلم
ثم وقع به السهم لأشياء عليه لما قلناه . وأما المسألة الثالثة فقول أبي حنيفة وأبي يوسف
وقال محمد : يجب فضل ما بين قيمته مرمياً إلى غير مرمى ، لأن العتق قاطع للسراية فبقى
الرمي جنابة ينتقص بها قيمة المرمى إليه فيجب النقصان . ولهما ما بينا أن المعتبر حالة الرمي
فيصير قاتلاً من وقت الرمي وهو مملوك فتجب قيمته ، وهذا بخلاف ما إذا قطع طرف عبد
ثم أعتقه موله ثم مات العبد يجب عليه أرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع إلى أن
عتق ، ولا يجب عليه قيمة النفس لأنه أتلّف بعض المحلّ وأنه يوجب الضمان للمولى ،
ولو وجب بعد السراية شيء لوجب للعبد ، فتصير نهاية الجنابة مخالفة لابتدائها ، وهنا
الرمي قبل الإصابة لا يجب به الضمان لأنه ليس باتلاف وإنما تقلّ به الرغبات فلا تختلف
نهايته وبدايته .

كتاب الديات

الدِّيةُ الْمُغْلَظَةُ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ بِنْتُ مَخَاضٍ وَمِثْلُهَا بِنْتُ لَبُونٍ وَحِقَاقٌ وَجِدَاعٌ (م) .

كتاب الديات

الدية ما يؤدى ، ولما كان القتل يوجب ما لا يدفع إلى الأولياء سمي دية ، وإنما خص بما يؤدى بدل النفس دون غيرها من المتلفات ، لأن الاسم يشتق للتعريف بالتخصيص ولا يطردونه ، ووجوب الدية في القتل لحكمة بالغة ، وهى صون بنيان الآدمي عن الهدم ودمه عن الهدر ، وجبت بالكتاب والسنة ، وهو قوله تعالى - ودية مسلمة إلى أهله - وقوله عليه الصلاة والسلام « في النفس المؤمنة مائة من الإبل » أى تجب بسبب قتل النفس المؤمنة مائة من الإبل .

قال (الدية المغلظة خمس وعشرون بنت مخاض ومثلها بنت لبون وحقاق وجداع) وقال محمد : ثلاثون جذعة وثلاثون حقة وأربعون مابين ثنية إلى بازل عام كلها خلفات في بطونها أولادها (١) لما روى عن النبي عليه الصلاة والسلام أنه قال في حجة الوداع « ألا إن قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا ، وفيه مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها » ودية شبه العمد أغلظ فتجب كما قلنا (٢) . ولهما قوله عليه الصلاة والسلام « في النفس مائة من الإبل » وروى الزهري أن الدية كانت على عهد رسول الله عليه الصلاة والسلام أربعاء ، ومعلوم أنه لا يراد به الخطأ ، فبقى المراد شبه العمد ، ولو أوجبنا الحوامل وجب الزيادة على المائة . وعن ابن مسعود رضى الله عنه أن التغليظ أربعاء كما قلنا ولا يعرف ذلك إلا سماعا فكان معارضا لما روى ، ولأن الصحابة اختلفوا في صفة التغليظ ، ولو كان ما رويناه ثابتا لارتفع خصوصا وقد ورد على زعمكم في حجة الوداع مع تكاثر المسلمين فكان يشتر ، ولو اشتهر لاحتج به البعض على البعض ، ولو احتج لارتفع الخلاف ، ولما لم يرتفع دل على عدم ثبوته ولأنه لا يجوز إيجاب الحامل فانه لا يعلم الحمل حقيقة فيكون

(١) قوله بين ثنية الخ . الثنى من الإبل : ما استكمل السنة الخامسة ودخل في السادسة . والبازل من الإبل : ما دخل في السنة التاسعة ، وقوله : في بطونها أولادها تفسير لقوله خلفات . (٢) قوله فتجب كما قلنا ، صريح في أنها لا تجب إلا من الإبل أربعاء وإلا فلا فائدة في التغليظ ولا في تعيين الموجب فيه تأمل .

وغير المغلظة عشرون ابن مخاض ومثلها بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع ، أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم ، ولا تجب الدية من شيء آخر (سم) ؛ ودية المرأة نصف ذلك ، ولا تغليظ إلا في الإبل ؛ ودية المسلم والذمي سواء .

تكليف ماليس في الوسع . قال (وغير المغلظة عشرون ابن مخاض ومثلها بنات مخاض وبنات لبون وحقاق وجذاع) فهي أخماس من كل صنف عشرون هكذا قاله ابن مسعود . وروى أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في قتل قتل خطأ بمائة من الإبل أخماسا كما قلنا ، ولأن الخطأ أخف فناسب التخفيف في موجهه وذلك بما ذكرنا . قال (أو ألف دينار ، أو عشرة آلاف درهم) كل عشرة وزن سبعة مثاقيل لما روى مرار بن حارثة قال : « قطعت يد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى على القاطع بخمسة آلاف درهم » . وعن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم ومن الدنانير بألف دينار . وروى « أنه عليه الصلاة والسلام قضى في قتل بعشرة آلاف درهم » وما روى أنه قضى بألفي عشر ألف . قال محمد بن الحسن : كان وزن ستة فيحمل عليه توفيقا (ولا تجب الدية من شيء آخر) وقالوا : تجب من البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الخيل مائتا حلة كل حلة ثوبان إزار ورداء ، لما روى عبيدة السلماني أن عمر رضي الله عنه قضى في الدية بعشرة آلاف درهم ، ومن الدنانير بألف دينار ، ومن الإبل بمائة ، ومن البقر بمائتي بقرة ، ومن الغنم بألفي شاة ، ومن الخيل بمائتي حلة ، ومراده أنه قدر الدية بهذه المقادير ، لأن القضاء لم يقع في وقت واحد بجميع هذه الأجناس . ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام « في النفس مائة من الإبل » وقضيته أن لا يجب ما سواها إلا ما دلّ الدليل عليه ، وإنما دلّ على الذهب والفضة هو ما تقدم من قضائه عليه الصلاة والسلام . ومن أصحابنا من روى عن أبي حنيفة مثل قولهما ، فانه قال : إذا صالح الولي على أكثر من مائتي بقرة أو مائتي حلة لم يجوز ، وهذا آية التقدير . قال (ودية المرأة نصف ذلك) هكذا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم . وعن عمر وعليّ وابن مسعود وزيد بن ثابت كذلك أيضا ولأنها في الميراث ، والشهادة على النصف من الرجل فكذلك الدية . قال (ولا تغليظ إلا في الإبل) لأنه لم يرد النص بالتغليظ إلا فيها ولا يعرف ذلك إلا نصا . قال (ودية المسلم والذمي سواء) لقوله عليه الصلاة والسلام « دية كل ذى عهد في عهده ألف دينار » وقال الزهري : قضى أبو بكر وعمر وعليّ رضي الله عنهم في دية الذمي بمثل دية المسلم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إذا قبلوها فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين » وللمسلمين إذا قتل قتلهم ألف دينار فيكون لهم كذلك ، وكذلك دية المستأمن لما روى

وَفِي النَّفْسِ الدِّيَّةُ ، وَكَذَلِكَ فِي الْأَنْفِ وَالذِّكْرِ وَالْحَشْفَةِ وَالْعَقْلِ وَالشَّمِّ
وَالذَّوْقِ وَالسَّمْعِ وَالْبَصَرِ وَاللِّسَانِ ، وَبَعْضُهُ إِذَا مَنَعَ الْكَلَامَ ، وَالصَّلْبُ إِذَا
مَنَعَ الْجِمَاعَ ، أَوْ انْقَطَعَ مَأْوُهُ أَوْ احْدَوْدَبَ ، وَكَذَا إِذَا أَفْضَاهَا فَلَمْ
تَسْتَمْسِكِ الْبَوْلَ ؛

ابن عباس أن مستأمنين جاءا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فكساهما وحملاهما وخرجا
من عنده ، فلقبهما عمرو بن أمية الضمري فقتلهما ولم يعلم بأمانهما ، فوداهما رسول الله
عليه الصلاة والسلام بدينى حرين مسلمين .

فصل

(وفي النفس الدية) لما روينا ، والمراد نفس الحرّ ويستوى فيه الصغير والكبير والوضيع
والشريف والمسلم والذمي لاستوائهم في الحرمة والعصمة وكمال الأحوال في الأحكام الدنيوية
قال (وكذلك في الأنف والذكر والحشفة والعقل والشّمّ والذوق والسمع والبصر واللسان ،
وبعضه إذا منع الكلام ، والصلب إذا منع الجماع ، أو انقطع مأوه ، أو احدودب ، وكذا
إذا أفضاها فلم تستمسك البول) والأصل في ذلك أنه متى أزال الجمال على وجه الكمال
أو أذهب جنس المنفعة أصلا تجب الدية كاملة ، لأن تفويت جنس المنفعة إتلاف للنفس
معنى في حق تلك المنفعة ، لأن قيام النفس معنى بقيام منافعها ، فكان تفويت جنس المنفعة
كتفويت الحياة ، والجمال مقصود في الحيوانات كالمنفعة ، ولهذا تزداد قيمة المملوك
بالجمال ، وتفويت جنس المنفعة إنما أوجب الدية تشريفا وتكريما للأدب وشرفه بالجمال
كشرفه بالمنافع فيتعلق به كمال الدية ، ويؤيد ذلك ما روى سعيد بن المسيب أن النبي عليه
الصلاة والسلام قال « في النفس الدية ، وفي اللسان الدية ، وفي الذكر الدية ، وفي الأنف
الدية ، وفي المارن الدية » وهكذا كتب عليه الصلاة والسلام لعمر بن حزم ، إذا ثبت
هذا فنقول : إذا قطع الأنف أزال الجمال على الكمال ، وكذا المارن والأرنبة والكل
عضو واحد ، فلا يجب بقطع الكل إلا دية واحدة ؛ وفي قطع الذكر تفويت منفعة الوطاء
واستمسك البول ورمي الماء ودققه والإيلاج الذي هو طريق العلوق عادة . وأما الحشفة
فهى الأصل في منفعة الإيلاج والدق والقصبة تبع له . وأما العقل فنفعته أعظم الأشياء وبه
ينتفع لندياه وآخرته ، ومنافعه أعظم من أن تحصى ، والشّمّ والذوق والسمع والبصر منافع
مقصودة ، وعمر رضى الله عنه قضى في ضربة واحدة بأربع ديات حيث ذهب بها العقل
والكلام والسمع والبصر ، وفي قطع اللسان إزالة منفعة مقصودة وهى منفعة النطق ، وكذلك
إذا زالت بقطع البعض لوجود الموجب . ولو عجز عن النطق ببعض الحروف ، فإن عجز عن
الأكثر نجب كل الدية لأنه فات منفعة الكلام ، وإن قدر على أكثرها فحكومة عدل

وَمَنْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ خَطَاً ثُمَّ قَتَلَهُ قَبْلَ الدُّبْرِ خَطَاً فَقِيهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ،
وَمَا فِي الْبَدَنِ اثْنَانِ فَقِيهِمَا الدِّيَّةُ وَفِي أَحَدِهِمَا نِصْفُ الدِّيَّةِ ، وَمَا فِيهِ أَرْبَعَةٌ
فَقِي أَحَدُهَا رُبْعُ الدِّيَّةِ ، وَفِي كُلِّ أَصْبَعٍ عَشْرُ الدِّيَّةِ . وَتُقَسَّمُ عَلَى مَفَاصِلِهَا ،

لحصول الإفهام لكن مع خلل ؛ والجماع منفعة مقصودة يتعلق به مصالح جمة ، فإذا فات
وجب به دية كاملة ، وبانقطاع الماء يفوت جنس المنفعة ، وبالحدبة يزول الجمال على
وجه الكمال ، فلو زالت الحدبة لايجب شيء لزوال الموجب ؛ واستمسك البول منفعة
مقصودة فتجب الدية بزوالها . قال (ومن قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء خطأ ففيه
دية واحدة) لاتحاد الجنس وقد تقدم . قال (وما في البدن اثنان ففيهما الدية وفي أحدهما
نصف الدية) وهى الأذنان والعينان إذا ذهب نورهما سواء ذهبت الشحمة أو بقيت ،
لأن المنفعة بالنور لا بالشحمة ، واللحيان والشفتان والحاجبان واليدان والرجلان وسمع
الأذنين وئديا المرأة وحلمتهما ، لأن اللبن لا يستمسك دونهما ، وبفواتها تفوت منفعة
الإرضاع ، والأثنيان والأليتان إذا استوصل لحمهما حتى لا يبقى على الورك لحم ، والأصل
فيه ما روى سعيد بن المسيب أن النبي عليه الصلاة والسلام قال « في العينين الدية ، وفي
الأذنين الدية ، وفي اليدين الدية ، وفي الرجلين الدية ، وفي البيضتين الدية ، وفي الشفتين
الدية » وفي كتاب عمرو بن حزم « وفي العينين الدية ، وفي أحدهما نصف الدية » ولأن
المنفعة تفوت بفواتها أو الجمال كاملا ، وبفوات أحدهما يفوت النصف . وإذا قطع
الأثنيين مع الذكر ، أو قطع الذكر أولا ثم الأثنيين ففيهما ديتان ، لأن منفعة الأثنيين بعد
قطع الذكر قائمة وهى إمساك المنى والبول ، فان قطع الأثنيين ثم الذكر ففي الأثنيين الدية ،
وفي الذكر حكومة عدل ، لأن بقطع الأثنيين صار خصيا ، وفي ذكر الخصى حكومة ولأنه
اختلفت منفعته بقطع الأثنيين وهى منفعة الإيلاد فصار كاليد الشلاء . قال (وما فيه
أربعة ففي أحدها ربع الدية) وهى أشفار العينين وأهدابها ، لأنه يفوت به الجمال على
الكمال وجنس المنفعة ، وهو دفع القذى عن العين ، فإن قطع الأشفار وحدها وليس فيها
أهداب ففيها الدية وفي أحدها ربع الدية ، وكذلك الأهداب ، وإن قطعها معا فدية واحدة
لأنها كعضو واحد كالمارن مع الأنف . قال (وفي كل أصبع عشر الدية) يعنى من أصابع
اليدين والرجلين . قال عليه الصلاة والسلام « في كل أصبع عشر من الإبل » والأصابع
كلها سواء ، وفي قطع الكل تفويت جنس المنفعة فتجب دية كاملة وهى عشر فيقسم
عليها (وتقسم) دية الأصبع (على مفاصلها) فما فيها مفاصلان ففي أحدهما نصف ديتها ،
وما فيها ثلاث مفاصل ففي أحدها ثلثا اعتبارا بانقسام دية اليد على أصابعها .

وَالْكَفَّ تَبَعَ لِلْأَصَابِعِ ، وَفِي كُلِّ سِنٍّ نِصْفُ عَشْرِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ قَلَعَهَا
فَتَنَبَّتْ أُخْرَى مَكَانَهَا سَقَطَ الْأَرُشُ ، وَفِي شَعْرِ الرَّأْسِ إِذَا حُلِقَ فَلَمْ يَنْبُتِ
الدِّيَةُ ، وَكَذَلِكَ اللَّحْيَةُ وَالْحَاجِبَانِ وَالْأَهْدَابُ ، وَفِي الْبَدَنِ إِذَا شَاتَتْ ، وَالْعَيْنَيْنِ ،
إِذَا ذَهَبَ ضَوْؤُهَا الدِّيَةُ ، وَفِي الشَّارِبِ ، وَلَحْيَةِ الْكُوسَجِ ، وَثَدْيِ الرَّجُلِ ،
وَذَكَرِ الْخَصِيِّ وَالْعَيْنَيْنِ ، وَلِسَانِ الْأَخْرَسِ ،

قال (والكف تبع للأصابع) لأن منفعة البطش بالأصابع والدية وجبت بتفويت المنفعة . قال
(وفي كل سن نصف عشر الدية) قال عليه الصلاة والسلام « وفي كل سن خمس من الإبل »
والأسنان كلها سواء الثنايا والأنياب والأضراس لإطلاق الحديث ، واسم السن يتناول
الكل فيجب في الأسنان دية وثلاثة أخماس دية ، لأن الأسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون
ضرسا وأربعة أنياب وأربع ضواحك وأربع ثنايا . وأسنان الكوسج قالوا ثمانية وعشرون
فيجب دية وخمسا دية ، وهذا غير جار على قياس الأعضاء إلا أن المرجع فيها إلى النص .
قال (فإن قلعها فنبتت أخرى مكانها سقط الأرش) لزوال سببه ، ولو أعاد المقلوعة إلى
مكانها فنبتت فعليه الأرش وكذلك الأذن لأنها لا تعود إلى الحالة الأولى في المنفعة والجمال ،
والمقلوع لا ينبت ثانيا لأنه لا يلتزق بالعروق والعصب فكان وجود هذا النبات وعدمه سواء حتى
لو قلعه إنسان لاشيء عليه ؛ ولو اسودت السن من الضربة أو احرقت أو اخضرت ففيها الأرش
كاملا لأنها تبطل منفعتها إذا اسودت فإنها تتناثر ويفوت بذلك الجمال كاملا ، ولو اصفرت
فعن أبي حنيفة حكومة عدل لأن الصفرة لا تذهب منفعتها بل توجب نقصانها فتجب الحكومة ؛
ولو ضرب سنا فتحرك ينتظر به حولا لاحتمال أنها تشتد ، وإن سقط أو حدث فيه صفة
مما ذكرنا وجب فيها ما قلنا ، لأن الجنائيات تعتبر فيها حال الاستقرار ، قال عليه الصلاة
والسلام « يستأن بالجراح حتى يبرأ » ولأنها إذا لم تستقر لا يعلم الواجب فلا يجوز القضاء .
قال (وفي شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت الدية ، وكذلك اللحية والحاجبان والأهداب) أما
الحاجبان والأهداب فلما مر ، وأما اللحية فلأن فيها جمالا كاملا لقوله عليه الصلاة والسلام
« إن ملائكة السماء الدنيا تقول : سبحان من زين الرجال بالناحي والنساء بالذوائب » وعن
علي رضي الله عنه : أنه أوجب في شعر الرأس إذا حلق فلم ينبت دية كاملة ، وكذلك قال
في اللحية . وكان أبو جعفر الهندي يقول في اللحية : إنما تجب الدية إذا كانت كاملة
يتجمل بها ، أما إذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها ، وإن كانت غير
متفرقة لا يتجمل بها وليست مما تشين ففيها حكومة عدل . قال (وفي اليد إذا شات والعين إذا
ذهب ضوؤها الدية) لأنها إذا عدمت المنفعة فقد عدمت معنى فتجب الدية على ما بينا . قال
(وفي الشارب ولحية الكوسج وثندي الرجل وذكر الخصي والعنين ولسان الأخرس)

وَالْيَدِ الشَّلَاءِ ، وَالْعَيْنِ الْعَوْرَاءِ ، وَالرَّجْلِ الْعَرْجَاءِ ، وَالسِّنِّ السَّوْدَاءِ ،
وَالْأَصْبَعِ الزَّائِدَةِ ، وَعَيْنِ الصَّبِيِّ وَلِسَانِهِ وَذَكَرِهِ إِذَا لَمْ تُعَلِّمْ صِحَّتَهُ حُكُومَةُ
عَدْلٍ ، وَإِذَا قُطِعَ الْيَدُ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ فَتَبَى الْكَفُّ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَفِي
الزَّائِدِ حُكُومَةُ عَدْلٍ ، وَمَنْ قَطَعَ أَصْبَعًا فَشَلَّتْ أُخْرَى ، أَوْ قَطَعَ يَدَهُ
الْيُمْنَى فَشَلَّتِ الْيُسْرَى فَلَا قِصَاصَ (س) ،

واليد الشلاء والعين العوراء والرجل العرجاء والسِّنّ السوداء والأصبع الزائدة وعين الصبي
ولسانه وذكره إذا لم تعلم صحته حكومة عدل (أما الشارب فهو تبع للحية ، وقد قيل السنة
فيها الخلق فلم يكن جمالا كاملا ، ولحية الكوسج ليست جمالا كاملا ، وكل ما يجب
في الشعر إنما يجب إذا فسد المنبت ، أما إذا عاد فنبت كما كان لا يجب شيء لعدم الوجوب ،
وثدى الرجل لامتفعة فيه ولا جمال ، وذكر لخصي والعين واليد الشلاء ولسان الأخرس
والعين العوراء والرجل العرجاء لعدم فوات المنفعة ، ولا جمال في السن السوداء ولا منفعة
في الأصبع الزائدة ، وإنما وجبت حكومة عدل تشريفا للآدمي لأنه جزء منه ، وأعضاء
الصبي إذا لم تعلم صحتها وسلامة منفعتها لا تجب الدية بالشك والسلامة وإن كانت ظاهرة
فالظاهر لا يصلح حجة للإلزام ، واستهال الصبي ليس بكلام بل مجرد صوت وصحة اللسان
تعرف بالكلام ، والذكر بالحركة ، والعين بما يستدل به على النظر ، فاذا عرف صحة ذلك
فهو كالبالغ في العمد والخطأ ؛ وفي شعر بدن الإنسان حكومة لأنه لامتفعة فيه ولا جمال فانه
لا يظهر . ولو ضرب الأذن فيبست فيها حكومة ، وفي قلع الأظفار فلم تنبت حكومة لأنه
لم يرد فيها أرش مقدّر . قال (وإذا قطع اليد من نصف الساعد ففي الكف نصف الدية) لما
تقدّم (وفي الزائد حكومة عدل) لأنه لامتفعة فيه ولا جمال ، وكذلك إن قطعها من المرفق
لما بينا . قال (ومن قطع أصبعا فشلت أخرى ، أو قطع يده اليمنى فشلت اليسرى فلا
قصاص) وقال : عليه القصاص في الأولى والأرش في الثانية ، وعلى هذا الخلاف إذا
شجّه موضحة فذهب سمعه أو بصره ؛ وأجمعوا لو شجّه موضحة فصارت منقولة ، أو كسر
سنه فاسودّ الباقي ، أو قطع الكف فشلت الساعد ، أو قطع إصبعافشل الكف ، أو قطع مفصلا
من الأصبع فشلت باقيها لا قصاص عليه وعليه أرش الكل . لحما في الخلافات أنه تعدّد
محلّ الجناية فلم يلزم من سقوط القصاص في أحدهما سقوطه في الآخر ، كما إذا جنى على
عضو عمدا وعلى آخر خطأ . ولأني حنيفة أن جنائيته وقعت سارية بفعل واحد ، والمحلّ متحدا من
حيث الاتصال فتعدّر القصاص لأن القصاص ينبت عن المماثلة وليس في وسعه القطع بصفة السارية ،
وإذا تعدّر القصاص وجب المال كما في مواضع الإجماع ، بخلاف ما قاسا عليه لأن أحدهما ليس
بسارية للآخر ؛ ولو قطع كفا فيها أصبع أو أصبعان فعليه أرش الأصابع ولا شيء في الكف

وَعَمْدُ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ خَطَاٌ .

فصل

الشَّجَاجُ عَشْرَةٌ : الْخَارِصَةُ ، وَهِيَ الَّتِي تَخْرُصُ الْجِلْدَ . ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تُخْرِجُ مَا يُشْبِهُ الدَّمْعَ . ثُمَّ الدَّامِغَةُ الَّتِي تُخْرِجُ الدَّمَ . ثُمَّ الْبَاضِعَةُ الَّتِي تَبْضَعُ اللَّحْمَ . ثُمَّ الْمُتَلَاخِمَةُ الَّتِي تَأْخُذُ فِي اللَّحْمِ . ثُمَّ السَّمْحَاقُ ، وَهُوَ جِلْدَةٌ فَوْقَ الْعَظْمِ تَصِلُ لَهَا الشَّجَّةُ . ثُمَّ الْمَوْضِجَةُ الَّتِي تَوْضِجُ الْعَظْمَ ثُمَّ الْهَاشِمَةُ الَّتِي تَهْشِمُ الْعَظْمَ . ثُمَّ الْمُنْقَلَةُ الَّتِي تَنْقُلُ الْعَظْمَ بَعْدَ الْكَسْرِ ثُمَّ الْآمَةُ الَّتِي تَصِلُ إِلَى أُمِّ الدِّمَاغِ .

وقالا : ينظر إلى أرش الأصبع والأصبعين وإلى حكومة العدل في الكف ، فيدخل الأقل في الأكثر لأنهما جنائتان بفعل واحد في محل واحد فلا يجب الأرشان ، ولا سبيل إلى إهدار أحدهما فرجحنا بالأكثر كالموضحة إذا أسقطت بعض شعر الرأس . وله أن الأصابع أصل والكف تبع ، لأن البطش يقوم بها ، ولأن قطع الأصابع يوجب الدية كاملة ، ولا كذلك قطع الكف ، والأصل وإن قل يستتبع التبع ، بخلاف ما ذكر لأن أحدهما ليس تبعاً للآخر ؛ ولو قطع الكف وفيه ثلاث أصابع وجب أرش الأصابع بالإجماع لأن الأصابع هي الأصل لما بينا ، ولأن أكثر حكم الكل . قال (وعمد الصبي والمجنون خطأ) لقوله عليه الصلاة والسلام « عمد الصبي خطأ » وروى أن مجنوناً قتل رجلاً بسيف فضي على رضى الله عنه بالدية على عاقلته من غير نكير ، ولأن القصاص عقوبة ولا يستحقان العقوبة بفعلهما كالحدود ، وكذا من أحكام العمد المأثم ولا إثم عليهما .

فصل

(الشجاج عشرة : الخارصة وهي التي تخرص الجلد) أى تشقه أو تחדشه ولا يخرج الدم (ثم الدامغة التي تخرج ما يشبه الدمع) وقيل التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين (ثم الدامغة التي تخرج الدم) وتسيله (ثم الباضعة التي تبضع اللحم) أى تقطعه ، وقيل تقطع الجلد (ثم المتلاخمة التي تأخذ في اللحم) وعلى الوجه الأول تأخذ في اللحم أكثر من الباضعة (ثم السمحاق ، وهو جلدة فوق العظم تصل إليها الشجة ، ثم الموضجة التي توضح العظم) أى تكشفه (ثم الهاشمة التي تهشم العظم) أى تكسره (ثم المنقلة التي تنقل العظم بعد الكسر ، ثم الآمة التي تصل إلى أم الدماغ) وهي جلدة تحت العظم فيها الدماغ ، قالوا ثم الدامغة ، وهي التي تخرق الجلد وتصل إلى أم الدماغ ولم يذكرها محمد إذ لا فائدة في ذكرها فإنه لا يعيش

فَقِي الْمَوْضِیْحَةِ الْقِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا ، وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا حُكُومَةُ عَدْلِ ،
وَفِي الْمَوْضِیْحَةِ الْخَطَا نِصْفُ عَشْرِ الدِّیَةِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ الْعَشْرُ ، وَفِي الْمُنْقَلَةِ
عَشْرٌ وَنِصْفٌ ، وَفِي الْأَمَةِ الثَّلَاثُ ، وَكَذَا الْجَائِفَةُ ، فَإِذَا نَفَذْتَ فَثَلَاثَانِ ،
وَالشَّجَاجُ يَخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ وَالْجَائِفَةُ بِالْجَوْفِ وَالْجَنْبِ وَالظَّهْرِ ، وَمَا
سِوَى ذَلِكَ جِرَاحَاتٌ فِيهَا حُكُومَةُ عَدْلِ ، وَحُكُومَةُ الْعَدْلِ أَنْ يَقُومَ
الْمَجْرُوحُ عَبْدًا سَالِمًا وَسَلِيمًا قَمَا نَقَصْتَ الْجِرَاحَةَ مِنْ الْقِيَمَةِ يُعْتَبَرُ مِنَ الدِّیَةِ ،

مَعَهَا وَلَيْسَ لَهَا حَكْمٌ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْخَارِصَةَ وَالْدَّامِعَةَ لِأَنَّهُمَا لَا يَبْقَى لَهَا أَثَرٌ غَالِبًا ، وَالشَّجَةُ الَّتِي
لَا أَثَرَ لَهَا لِاحْكُمَ لَهَا . قَالَ (فَيُفِي الْمَوْضِیْحَةِ الْقِصَاصُ إِنْ كَانَتْ عَمْدًا) لِقَوْلِهِ تَعَالَى - وَالْجُرُوحُ
قِصَاصٌ - وَأَنَّهُ مُمْكِنٌ فِيهَا لِأَنَّهُ يُمْكِنُ أَنْ يَنْهَى السَّكِينُ إِلَى الْعِظْمِ فَتُحَقِّقُ الْمَسَاوَاةُ ، وَقَدْ
قَضَى عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ بِالْقِصَاصِ فِي الْمَوْضِیْحَةِ . قَالَ (وَفِي الَّتِي قَبْلَهَا حُكُومَةُ عَدْلِ)
لِأَنَّهُ لَيْسَ فِيهَا أَرَشٌ مُقَدَّرٌ وَلَا يُمْكِنُ إِهْدَارُهَا فَتَجِبُ الْحُكُومَةُ . قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ :
مَا دُونَ الْمَوْضِیْحَةِ خُدُوشٌ فِيهَا حُكُومَةُ عَدْلِ . وَعَنْ مُحَمَّدٍ فِي الْأَصْلِ : فِيمَا قَبْلَ الْمَوْضِیْحَةِ
الْقِصَاصُ دُونَ مَا بَعْدَهَا لِأَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُ الْمَسَاوَاةِ فِيهَا قَبْلَهَا بِمَعْرِفَةِ قَدْرِ الْجِرَاحَةِ بِمِسْجَارِ ثُمَّ
تُؤْخَذُ حَدِيدَةً عَلَى قَدْرِهَا وَيَنْفَذُ فِي اللَّحْمِ إِلَى آخِرِهَا فَيَسْتَوْفَى مِثْلُ مَا فَعَلَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى
- وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ - وَلَا يُمْكِنُ ذَلِكَ فِيهَا بَعْدَهَا ، لِأَنَّ كَسْرَ الْعِظْمِ وَتَنْقِيلَهُ لَا يُمْكِنُ الْمَسَاوَاةُ
فِيهِ . قَالَ (وَفِي الْمَوْضِیْحَةِ الْخَطَا نِصْفُ عَشْرِ الدِّیَةِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ الْعَشْرُ ، وَفِي الْمُنْقَلَةِ عَشْرٌ
وَنِصْفٌ ، وَفِي الْأَمَةِ الثَّلَاثُ ، وَكَذَا الْجَائِفَةُ ، فَإِذَا نَفَذْتَ فَثَلَاثَانِ) لَمَّا رَوَى عُمَرُ بْنُ حَزْمٍ
أَنَّ النَّبِيَّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ كَتَبَ لَهُ « وَفِي الْمَوْضِیْحَةِ خَمْسٌ مِنَ الْإِبِلِ ، وَفِي الْهَاشِمَةِ عَشْرٌ ،
وَفِي الْمُنْقَلَةِ خَمْسَةٌ عَشْرٌ ، وَفِي الْأَمَةِ ثَلَاثُ الدِّیَةِ » وَقَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « فِي الْجَائِفَةِ
ثَلَاثُ الدِّیَةِ » وَعَنْ أَبِي بَكْرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ حَكَمَ فِي جَائِفَةٍ نَفَذَتْ بِثَلَاثِي الدِّیَةِ ، لِأَنَّهُ إِذَا نَفَذْتَ
فَهِيَ جَائِفَتَانِ . قَالَ (وَالشَّجَاجُ يَخْتَصُّ بِالْوَجْهِ وَالرَّأْسِ) لِغَةِ كَالْحَدِيدِ وَالذَّقْنِ وَالْأَحْيَيْنِ
وَالْجَبْهِ (وَالْجَائِفَةُ بِالْجَوْفِ وَالْجَنْبِ وَالظَّهْرِ وَمَا سِوَى ذَلِكَ جِرَاحَاتٌ فِيهَا حُكُومَةُ عَدْلِ)
لِأَنَّهُ غَيْرُ مُقَدَّرَةٍ وَلَا مُهْدَرَةٍ فَتَجِبُ حُكُومَةُ عَدْلِ . قَالَ (وَحُكُومَةُ الْعَدْلِ أَنْ يَقُومَ الْمَجْرُوحُ
عَبْدًا سَالِمًا وَسَلِيمًا) أَيْ صَحِيحًا وَجَرِيحًا (قَمَا نَقَصْتَ الْجِرَاحَةَ مِنْ الْقِيَمَةِ يُعْتَبَرُ مِنَ الدِّیَةِ)
فَإِنْ نَقَصْتَ عَشْرَ الدِّیَةِ تَجِبُ عَشْرُ الدِّیَةِ وَعَلَى هَذَا ، وَأَرَادَ بِالسَّلِيمِ الْجَرِيحَ ، وَإِنْ كَانَ
مَوْضُوعًا لِلدِّیَةِ اسْتِعَارَةً لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ ، وَهَذَا عِنْدَ الطَّحَاوِيِّ لِأَنَّ الْحَرْفَ لَا يُمْكِنُ تَقْوِيمُهُ وَالْقِيَمَةُ
لِلْعَبْدِ كَالدِّیَةِ لِلْحَرِّ ، قَمَا أُوجِبَتْ نَقْصًا فِي أَحَدِهِمَا اعْتَبَرُ بِالْآخَرِ . وَقَالَ الْكَرْخِيُّ : يُؤْخَذُ
مَقْدَارُهُ مِنَ الشَّجَةِ الَّتِي لَهَا أَرَشٌ مُقَدَّرٌ بِالْحَزْرِ فَيَنْظُرُ كَمَ مَقْدَارِ هَذِهِ الشَّجَةِ مِنَ الْمَوْضِیْحَةِ

وَمَنْ شَجَّ رَجُلًا فَذَهَبَ عَقْلُهُ أَوْ شَعْرُ رَأْسِهِ دَخَلَ فِيهِ أَرْضُ الْمَوْضِجَةِ ؛
وَأِنْ ذَهَبَ سَمْعُهُ أَوْ بَصَرُهُ أَوْ كَلَامُهُ لَمْ تَدْخُلْ ، وَيَجِبُ أَرْضُ الْمَوْضِجَةِ
مَعَ ذَلِكَ وَلَا يَقْتَصُّ مِنَ الْمَوْضِجَةِ وَالطَّرَفِ حَتَّى تَبْرَأَ ، وَلَوْ شَجَّهُ فَالْتَحَمَتْ
وَتَبَّتَ الشَّعْرُ سَقَطَ (س) الْأَرْضُ .

فيجب بقدره من نصف عشر الدية قال (ومن شجَّ رجلاً فذهب عقله أو شعر رأسه دخل فيه أرض الموضجة) لأن العقل إذا فات فأتى منفعته جميع الأعضاء فصار كما إذا شجّه فأتى ؛ وأما الشعر فلأن أرض الموضجة يجب لفوات بعض الشعر حتى لو نبت سقط الأرض ، والدية تجب بفوات جميع الشعر ، وقد تعلقا بفعل واحد فيدخل الجزء في الكل كما لو قطع أصبعه فشلت يده . قال (وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لم تدخل ، ويجب أرض الموضجة مع ذلك) لما روينا عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في ضربة واحدة بأربع ديات ولأن منفعة كل عضو من هذه الأعضاء مختصة به لا تتعدى إلى غيره فأشبه الأعضاء المختلفة بخلاف العقل فإن منفعته تتعدى إلى جميع الأعضاء . وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في دية السمع والكلام دون البصر ، لأن السمع والكلام أمر باطن فاعتبره بالعقل ؛ أما البصر أمر ظاهر فلا يلتحق به . وطريق معرفة ذهاب هذه الأشياء وبقائها اعتراف الجاني أو تصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين كما في سائر الحقوق ويعرف البصر بأن ينظره عدلان من الأطباء لأنه ظاهر يعرف ؛ ومن أصحابنا من قال : يستعلم البصر بأن يجعل بين يديه حية يختبر حاله بها . وأما السمع فيستغفل المدعى ذهاب سمعه كما روى أن رجلاً ضرب امرأة فادّعت ذهاب سمعها ، فاحتكما إلى القاضي إسماعيل بن حماد بن أبي حنيفة فتشاغل عنها ثم التفت إليها فقال : غطى عورتك فجمعت ذيلها فلم أنها كاذبة . وأما الكلام فيعرف بأن يستغفل حتى يسمع كلامه أولاً . وأما الشم فيختبر بالرائحة الكريهة فإن جمع منها وجهه علم أنه كاذب . قال (ولا يقتص من الموضجة والطرف حتى تبرأ) لما روى أن رجلاً جرح حسان بن ثابت فجاء الأنصار إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فطلبوا القصاص فقال : « انتظروا ما يكون من صاحبكم » فأما الجراحة الخطأ فلا شبهة فيها لأنها إن اقتصرت فظاهر وإن سرت فقد أخذ بعض الدية فيأخذ الباقي . قال (ولو شجّه فالتحمت ونبت الشعر سقط الأرض) لزوال الموجب وهو الشين . وقال أبو يوسف : عليه أرض الألم ، لأن الشين وإن زال فالألم الحاصل ما زال فيقوم الألم . وقال محمد : عليه أجره الطبيب لأنه لزمه بسبب فعله فكأنه أخذه من ماله .

وَمَنْ ضَرَبَ بَطْنَ امْرَأَةٍ فَأَلْقَتْ جَنِينًا مَيِّتًا فَفِيهِ غُرَّةٌ خَمْسُونَ دِينَارًا عَلَى الْعَاقِلَةِ ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى ، وَإِنْ أَلْقَتْهُ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِيهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ ؛ وَإِنْ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا ثُمَّ مَاتَتْ فَفِيهِ دِيَّتُهَا وَالْغُرَّةُ ، وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ أَلْقَتْهُ مَيِّتًا فَفِيهَا الدِّيَّةُ وَلَا شَيْءَ فِيهِ ، وَإِنْ مَاتَتْ ثُمَّ خَرَجَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَدِيَّتَانِ ، فَإِنْ أَلْقَتْ جَنِينَ مَيِّتَيْنِ فَفِيهِمَا غُرَّتَانِ ، فَإِنْ أَلْقَتْ أَحَدَهُمَا مَيِّتًا وَالْآخَرَ حَيًّا ثُمَّ مَاتَ فَفِي الْمَيِّتِ الْغُرَّةُ وَفِي الْحَيِّ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَتَجِبُ الْغُرَّةُ فِي سَنَةٍ وَاحِدَةٍ ، وَإِنْ اسْتَبَانَ بَعْضُ خَلْقِهِ وَلَمْ يَتِمَّ فَفِيهِ الْغُرَّةُ

فصل

(ومن ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة خمسون دينارا على العاقلة ذكرا كان أو أنثى) والقياس أن لا يجب فيه شيء لأنه لا يعلم حياته ، والظاهر لا يصلح للإلزام إلا أنا تركنا القياس ، لما روى « أن امرأة ضربت بطن ضرثا بعمود فسطاط فألقت جنينا ميتا ، فاخصما إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فحكم على عاقلة الضاربة بالغرّة عبدا أو أمة أو قيمتها خمسمائة » وفي رواية « أو خمسمائة » ولم يستفسر ذكرا كان أو أنثى ، ولأنه يتعدّر التمييز بين الذكر والأنثى في الجنين فيسقط اعتباره دفعا للخرج ، وفي رواية « فألقت جنينا ميتا وماتت ، فقضى النبي عليه الصلاة والسلام على عاقلة الضاربة بالدية وبغرة الجنين » رواه المغيرة وقال : فقام عمّ الجنين فقال : إنه قد أشعر ، وقام والد الضاربة ، وفي رواية أخوها عمران بن عويمر الأسلمي فقال : كيف ندى من لا أكل ولا شرب ولا صاح ولا استهلّ ودم مثل ذلك يطلّ ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : « أسمع كسجع الكهان فيه غرة عبد أو أمة » وكذلك رواه محمد بن مسلمة . قال (وإن ألقته حيا ثم مات ففيه الدية على العاقلة وعليه الكفارة) لأنه صار قاتلا (وإن ألقته ميتا ثم مات ففيه ديتها والغرّة) لما روينا (وإن ماتت ثم ألقته ميتا ففيها الدية ولا شيء فيه) لأن موتها سبب لموته لأنه يخنق بموتها فانه إنما يتنفس بنفسها واحتمل موته بالضربة فلا تجب الغرّة بالشكّ (وإن ماتت ثم خرج حيا ثم مات فديتان) لأنه قتل نفسين (فان ألقّت جنينين ميتين ففيهما غرّتان) لأنه عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بغرة فيكون في الجنينين غرّتان ، ولأن من أتلّف شخصين بضربة واحدة ضمن كل واحد منهما كالكبيرين (فان ألقّت أحدهما ميتا والآخر حيا ثم مات ففي الميت الغرّة وفي الحيّ دية كاملة) اعتبارا لهما بحالة الانفراد (رتب الغرّة في سنة واحدة) هكذا روى عن النبي عليه الصلاة والسلام (وإن استبان بعض خلقه ولم يتمّ ففيه الغرّة) لأننا نعلم أنه ولد فكان كالكمال ، والنبي عليه الصلاة والسلام قضى في الجنين بالغرّة

وَلَا كَفَّارَةَ فِي الْجَنَيْنِ ، وَمَا يَجِبُ فِيهِ مَوْرُوثٌ عَنْهُ ، وَفِي جَنَيْنِ الْأُمَةِ نَصْفٌ عَشْرٌ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ حَيًّا إِنْ كَانَ ذَكَرًا ، وَعَشْرٌ قِيمَتِهِ لَوْ كَانَ أُنْثَى .

فصل

وَمَنْ أَخْرَجَ إِلَى طَرِيقِ الْعَامَّةِ رَوْشَنَا أَوْ مِيزَابًا أَوْ كَنْيْفًا أَوْ دُكَّانًا فَلِكِرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْتَزِعَهُ ، فَإِنْ سَقَطَ عَلَى إِنْسَانٍ فَعَطِبَ فَالْدِيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَإِنْ أَصَابَهُ طَرَفُ الْمِيزَابِ الَّذِي فِي الْحَائِطِ فَلَا ضَمَانَ فِيهِ ، وَإِنْ أَصَابَهُ الطَّرَفُ الْخَارِجُ ضَمِينَ ،

ولم يفصل ولم يسأل . قال (ولا كفارة في الجنين) لأن القتل غير متحقق لجواز أن لأحية فيه ، وقد بينا أن ما وجب فيه على خلاف القياس بالنص ، ولأنه ورد في الغرة لا غير ، والكفارات طريقها التوقيف أو الاتفاق . قال (وما يجب فيه موروث عنه) لأنه بدل عن نفسه فيورث كالدية ولا يرث الضارب منها لأنه قاتل . قال (وفي جنين الأمة نصف عشر قيمته لو كان حيا إن كان ذكرا ، وعشر قيمته لو كان أنثى) لأن الواجب في جنين الحرة خمسمائة ، وهى نصف عشر الدية ، والدية من الحرة كالقيمة من العبد فيعتبر به ، وغرة الجنين في مال الضارب ، لأن العاقلة لاتعقل العبيد . وفي الفتاوى : معتدة حامل احتالت لانقضاء عدتها باسقاط الحمل فعليها الغرة للزوج ولا ترث منه ، وقد مر الوجه فيه .

فصل

(ومن أخرج إلى طريق العامة رَوْشَنَا أَوْ مِيزَابًا أَوْ كَنْيْفًا أَوْ دُكَّانًا فَلِرَجُلٍ مِنْ عَرَضِ النَّاسِ أَنْ يَنْتَزِعَهُ) لأن المرور في الطريق العام حق مشترك بين جميع الناس بأنفسهم ودوابهم ، فله أن ينقضه كما في الملك المشترك إذا بنى فيه أحدهم شيئا كان لكل واحد منهم نقضه كذا هذا . قال (فإن سقط على إنسان فعطب فالدية على عاقلته) لأنه تسبب إلى التلف وهو متعده فيه بشغل طريق المسلمين وهواه بما ليس له حق الشغل ؛ ولو فعل ذلك بأمر السلطان لا يضمن لأنه صار مباحا مطلقا لأنه نائب عن جماعة المسلمين ؛ ولو باع الدار بعد ذلك لا يبرأ عن الضمان لأن الجنائية وجدت منه وهى باقية قال (وإن أصابه طرف الميزاب الذى فى الحائط فلا ضمان فيه) لأنه غير متعده فى السبب ، لأن طرفه الداخلى موضوع فى ملكه (وإن أصابه الطرف الخارج ضمن) لأنه متعده فيه .

وإن أصابه الطرفان أو لا يعلم ضمن نصف الدية ، ثم إن كان لا يستتضر به أحد جاز له الانتفاع به ، وإن كان يستتضر به أحد يكره ، ولينس لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم ، وتوضع بجرأ في الطريق ضمن ما أحرق في ذلك الموضع ، وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقضه مسلم أو ذمي فلم ينقضه في مدة أمكنه نقضه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به .

(وإن أصابه الطرفان أو لا يعلم ضمن نصف الدية) لأن إضافة الموت إلى أحدهما ليس بأولى من الآخر فيضاف إليهما (ثم إن كان لا يستتضر به أحد جاز له الانتفاع به) لأن له فيه حق المرور ولا ضرر فيه فيجوز (وإن كان يستتضر به أحد يكره) لأن الإضرار بالناس حرام عقلا وشرعا . قال (وليس لأحد من أهل الدرب الغير النافذ أن يفعل ذلك إلا بأمرهم) لأن الطريق مشترك بينهم فصار كالدار المشتركة ؛ وإن كان مما جرت به عادة السكنى كوضع المتاع ونحوه لم يضمن لأنه غير متعد نظرا إلى العادة . قال (ولو وضع جرا في الطريق ضمن ما أحرق في ذلك الموضع) فان حرّكته الريح إلى موضع آخر لم يضمن ما أحرق في ذلك الموضع إلا أن يكون يوم ريح ؛ وكذا صب الماء وربط الدابة ووضع الخشبة وإلقاء التراب واتخاذ الطين ووضع المتاع ؛ وكذا لو قعد في الطريق ليستريح أو ضعف عن المشي لإعياء أو مرض فعثر به أحد فأت وجبت الدية لما قلنا إنه متعد في السبب فصار كحافر البئر على ما مر ؛ وإن عثر بذلك رجل فوقع على آخر ومات فالضمان على الواضع لأعلى العاثر لأنه هو المتعد في السبب دون العاثر ، وإن نحى رجل شيئا من ذلك عن موضعه فخطب به إنسان ضمن من نحوه وبرئ الأول ، لأن بالتنحية شغل مكانا آخر وأزال أثر فعل الأول ، فكان الثاني هو الجاني فيضمن ؛ ولو رش الطريق أو توضع فيه ضمن ، قالوا : هذا إذا لم يعلم المسار بالرش بأن كان أعمى أو ليلا ، وإن علم لا يضمن لأنه خاطر بروحه لما تعمد المشي عليه فكان مباشرا للتلف فلا يكون على المسبب ؛ وكذا لو تعمد المشي على الحجر والخشب الموضوعة فعثر به لاضمان على الواضع ، وقيل هذا إذا رش بعض الطريق ، أما إذا رش جميع الطريق فإنه يضمن الواضع لأنه مضطر في المرور عليه لأنه لا يجد غيره ، ولا كفارة على واضع هذه الأشياء ، ولم يحرم به الميراث لأنه مسبب كحافر البئر ، وقد مر . قال (وإذا مال حائط إنسان إلى طريق العامة فطالبه بنقضه مسلم أو ذمي فلم ينقضه في مدة أمكنه نقضه فيها حتى سقط ضمن ما تلف به) والقياس أن لا يضمن ، لأن الميلان وشغل الهواء ليس بفعله فلم يباشر القتل ولا سببه فلا ضمان عليه . وجه الاستحسان أن الهواء صار مشغولا بحائظه والناس كلهم فيه شركاء على

وَأِنْ بَنَاهُ مَائِلًا ابْتِدَاءً فَسَقَطَ ضَمِنَ مِنْ غَيْرِ طَلَبٍ ، وَيَضْمَنُ الرَّكِيبُ مَا وَطِئَتِ الدَّابَّةُ يَدَيْهَا أَوْ رِجْلَيْهَا ، وَلَا يَضْمَنُ مَا نَقَحَتْ يَدَيْهَا أَوْ رِجْلَيْهَا ،

ما مرّ ، فإذا طول بتفريغه يجب عليه ، فإذا لم يفرغ مع الإمكان صار متعدّا وقبل الطلب لم يصّر متعدّا ، لأن الميل حصل في يده بغير صنعه وصار ككُتُوب ألقته الريح في حجره فطلبه صاحبه بالردّ ، فإن لم يردّه مع الإمكان فهلك ضمن ، وإن لم يطلبه لم يضمن ، وإن اشتغل بهدمه من وقت الطلب فسقط لم يضمن لأنه لم يوجد التعدّي من وقت الطلب ، ولو نقصه فعثر رجل بالنقص ضمن عند محمد وإن لم يطالب برفعه ، لأن الطريق صار مشغولا بترابه ونقصه فوجب عليه تفريغه . وعن أبي يوسف أنه لا يضمن ما لم يطالب برفعه كما في مسألة الثوب ، ولو باع الدار خرج من ضمانه ، ويطالب المشتري بالهدم لأنه لم يبق له ولاية هدم الخاطئ ، والمطالبة إنما تصحّ بمن له ولاية الهدم حتى لاتصحّ مطالبة المستأجر والمرتن والمودع ، ويصحّ مطالبة الراهن لقدرته على ذلك بواسطة فكك الرهن ، وكذلك الأب والوصيّ والأمّ في حائط الصبيّ لقيام ولايتهم ، والضمان في مال الصبيّ ، لأن فعل هؤلاء كفعله . قال (وإن بناه مائلا ابتداء فسقط ضمن من غير طلب) لأنه متعدّد بالبناء في هواء مشترك على ما بينا . قال (ويضمن الراكب ما وطئت الدابة يديها أو رجليها) .

اعلم أن ركوب الدابة وسيرها إن كان في ملكه لا يضمن ما تولد من سيرها وحركاتها إلا الوطء لأنه تصرف في ملكه فلا يتقيد بشرط السلامة كحافر البئر في ملكه ، إلا أن الوطء بمنزلة فعله لحصول الهلاك بثقله ، ولهذا وجبت عليه الكفارة في الوطء دون غيره ، وقد مرّ ، وإن كان في ملك غيره فانه يضمن ما جنت دابته واقفا كان أو سائرا وطئا ونفحا وكدما (١) لأنه متعدّد في السبب لأنه ليس له إيقافها في ملك غيره ، ولا تبسييرها حتى لو كان مأذونا له في ذلك ، فحكمه حكم ملكه وإن كان في طريق العامة وهي مسألة الكتاب فانه يضمن ما وطئت يديها أو رجليها أو كدمت أو صدمت أو أصابت برأسها أو خبطت (ولا يضمن ما نفحت بذنبها أو رجليها) والأصل فيه أن المرور في الطريق عامّ مباح بشرط السلامة لأن له فيه حقا فكان مباحا وفيه حقّ العامة لكونه مشتركاً بينهم فقيدها بشرط السلامة نظرا للجانيين ومراعاة للحقين ، والوطء وأخواته مما يمكن الاحتراز عنه لكونه بمراءى من عينه فصحّ التقييد فيها ، والنفحة لا يمكن الاحتراز عنها حالة السير لأنها من خلفه فلا يتقيد بالسلامة ، فإن أوقفها ضمن النفحة أيضا لأنه يمكن الاحتراز عنه

(١) قوله ونفحا وكدما . قال في مختار الصحاح : نفحت الناقة : ضربت برجلها ، وقال أيضا : الكدم : العضّ بأدنى القدم كما يكدم الحمار .

وإن رَأَيْتُ فِي الطَّرِيقِ وَهِيَ تَسِيرُ أَوْ أَوْقَفَهَا لِذَلِكَ لِضَمَانٍ فِيهَا تَلَفَ بِهِ ،
وإن أَوْقَفَهَا لِغَيْرِهِ ضَمِنَ ، والقائدُ ضامنٌ لما أَصَابَتْ يَدُهَا دُونَ رِجْلِهَا
وَكَذَا السَّائِقُ ؛ وَإِذَا وَطِئَتْ دَابَّةُ الرَّكَّابِ يَدَهَا أَوْ رِجْلَهَا يَتَعَلَّقُ بِهِ
حَرَمَانُ المِيرَاثِ وَالْوَصِيَّةِ وَتَجِبُ الكَفَّارَةُ ؛ وَلَوْ رَكِبَ دَابَّةً فَتَنَحَّسَهَا آخَرُ
فَأَصَابَتْ رَجُلًا عَلَى الفُورِ فَالضَّمَانُ عَلَى النَّاخِسِ ؛ وَإِنْ اجْتَمَعَ السَّائِقُ وَالْقَائِدُ
أَوْ السَّائِقُ وَالرَّكَّابُ فَالضَّمَانُ عَلَيْهِمَا ؛

بأن لا تقف (وإن رأت في الطريق وهي تسير أو أوقفها لذلك لاضمان فيما تلف به) لأنه
لا يمكنه الاحتراز عن ذلك ، أما حالة السير فظاهر ، وكذلك إذا أوقفها لأن من الدواب
من لا يروث حتى يقف . قال (وإن أوقفها لغيره ضمن) لأنه يمكنه الاحتراز عن ذلك
بترك الإيقاف ، والرديف كالراكب لأن السير مضاف إليهما ، وباب المسجد كالطريق
في الإيقاف ؛ فلو جعل الإمام للمسلمين موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان
فيما حدث بين الوقوف فيه ، وكذلك من وقوف الدابة في سوق الدواب لأنه مأذون له من
جهة السلطان ، وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا وقف في غير المحجة لأنه لا يضر بالناس
فلا يحتاج إلى الإذن . أما المحجة فهي كالطريق . قال (والقائد ضامن لما أصابت يدها
دون رجلها ، وكذلك السائق) مروى ذلك عن شريح ، وقيل يضمن النفحة . أما القائد
فلأنه يمكنه الاحتراز عن الوطء دون النفحة كالراكب ؛ وأما السائق فإنه يمكنه الاحتراز
من الوطء أيضا ؛ وأما النفحة قيل لا يضمن لأنه لا يمكن التحرز عنه ، إذ ليس على رجلها
ما يمنعها من النفح ، وقيل يضمن لأن النفحة تبين من عينه فيمكن التحرز بابعاد الناس
عنها والتحذير ، ولا كذلك القائد ، وقائد القطار في الطريق يضمن أوله وآخره لأن عليه
ضبطه وصيانته عن الوطء والصدمة . قال (وإذا وطئت دابة الراكب يدها أو رجلها يتعلق
به حرمان الميراث والوصية وتجب الكفارة) وقد بيناه في أول الجنايات . قال (ولو ركب
دابة فنحسها آخر فأصابت رجلا على الفور فالضمان على الناخس) لأن من عادة الدابة
النفحة والوثبة عند النخس فكان مضافا إليه ، والراكب مضطر في ذلك فلم يصبر سيرها
مضافا إليه فصار الناخس هو المسبب ؛ ولو سقط الراكب فأتى فالضمان على الناخس
أيضا لما بينا ، ولو قتلت الدابة الناخس فهو هدر كحافر البئر إذا وقع في البئر ، ولو
أمره الراكب بالناخس ضمن الراكب لأنه صح أمره فصار الفعل مضافا إليه ، ولو نثرت
من حجر وضعه رجل في الطريق ، فالواضع كالناخس ضامن لأن الوضع سبب لنفور
الدابة أو وثبها كالنخسة . قال (وإن اجتمع السائق والقائد أو السائق والراكب فالضمان
عليهما) لأن أحدهما سائق للكل ، والآخر قائد للكل بحكم الاتصال ، وتبيل الضمان على

وإذا اصطدم فارسان أو ماشيان فأتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر ، ولو تجاذبا حبلا فانقطع وماتا فان وقعا على ظهريهما فهما هدر ، وإن سقطا على وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر ، وإن اختلفا فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره ، وهدر دم الذي وقع على ظهره ، وإن قطع آخر الحبل فأتا فدية بهما على عاقلته .

الراكب لأنه مباشر على ما قدمنا والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وجميع هذه المسائل إن كان المالك آدميا فالدية على العاقلة لأنها تتحمل الدية في الخطأ تخفيفا على القاتل مخافة استئصالها له ، وهذا دون الخطأ في الجنابة فكان أولى بالتخفيف ، وإن كان غير آدمي كالذئب والعروض ففي مال الجاني لأن العاقلة لاتعقل الأموال . قال : (وإذا اصطدم فارسان أو ماشيان فأتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) لأن قتل كل واحد مضاف إلى فعل الآخر لا إلى فعلهما ، لأن القتل يضاف إلى سبب محذور ، وفعل كل واحد منهما وهو المشي في الطريق مباح في حق نفسه محذور في حق صاحبه إذ هو مقيد بشرط السلامة على ما بينا ، فسقط اعتبار فعله في حق نفسه لكونه مباحا فيضاف قتله كله إلى فعل الآخر لكونه محظورا في حقه وصار كالماشي مع الحافر ، فإن التلغ حصل بفعلهما وهو الحفر والماشي ، ومع هذا فإن التلغ إنما يضاف إلى فعل الحافر لأنه محذور لا إلى فعل الماشي لأنه مباح ، ولو كانا عامدين في الاصطدام ضمن كل واحد منهما نصف الدية ، لأن فعل كل واحد منهما محذور فأضيف التلغ إلى فعلهما ؛ ولو كانا عبيدين فهما هدر . أما في الخطأ فلأن الجنابة تعلقت برقبة كل واحد منهما دفعا أو فداء وقد فات بغير فعل المولى لا إلى بدل فسقط ضرورة ؛ وأما العمد فلأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى فسقط القصاص . في نوادر ابن رستم رجل سار على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لاضمان على المقدم ، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر ، وكذا في السفينتين . ولو كانا دابتين وعليهما راكبان قد استقبلتا واصطدمتا فعطبت إحداها فالضمان على الآخر . قال (ولو تجاذبا حبلا فانقطع وماتا ، فان وقعا على ظهريهما فهما هدر) لأن موت كل واحد منهما مضاف إلى فعله وقوة نفسه لا قوة صاحبه (وإن سقطا على وجهيهما فعلى عاقلة كل واحد دية الآخر) لأنه سقط بقوة صاحبه وجذبه (وإن اختلفا فدية الواقع على وجهه على عاقلة الواقع على ظهره) لأنه مات بقوة صاحبه (وهتر دم الذي وقع على ظهره) لأنه مات بقوة نفسه (وإن قطع آخر الحبل فأتا فديتهما على عاقلته) لأنه مضاف إلى فعله وهو القطع فكان مسيبا .

فصل

إِذَا جَنَى الْعَبْدُ خَطَاً قَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ فَيَمْلِكُهُ
أَوْ يَقْدِيهِ بِأَرْشِهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ جَنَى ثَانِيًا وَثَالِثًا ، وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ فَلِإِمَّا أَنْ
يَدْفَعَهُ إِلَيْهِمَا يَقْتَسِمَانِهِ بِقَدَرِ مَا لِكُلِّ وَاحِدٍ مَيْتُهُمَا مِنْ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ،
أَوْ يَقْدِيَهُ بِأَرْشِيهِمَا ،

فصل

(إِذَا جَنَى الْعَبْدُ خَطَاً قَوْلَاهُ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجَنَايَةِ فَيَمْلِكُهُ أَوْ يَقْدِيهِ بِأَرْشِهَا)
وسواء كانت الجناية على حرٍّ أو عبد في النفس أو فيما دونها قلَّ أَرشها أو كثر ، لما روى
عن ابن عباس أنه قال : إِذَا جَنَى الْعَبْدُ قَوْلَاهُ بِالْخِيَارِ إِنْ شَاءَ دَفَعَهُ وَإِنْ شَاءَ فَدَاهُ . وعن
عمر رضى الله عنه : عبيد الناس أموالهم وجناتهم في رقبتهم . وعن عليّ رضى الله عنه
مثله ، ولأنها جناية يمكن استيفائها من الرقبة فتتعلق بها الجناية كجناية العمد . وإذا
تعلقت برقبته ، فإذا خلى المولى بينه وبين وليّ الجناية سقطت المطالبة عنه كما في العمد ، ولأنه
إنما خوطب بالجناية لأجل ملكه ، فإذا سقط حقه زالت المطالبة كالوارث إِذَا خلى بين
التركة وبين أرباب الديون ، فإذا اختار الفداء فحقّ وليّ الجناية في الأرش ، فإذا استوفاه
سقط حقه ، إلا أن الواجب الأصلي هو الدفع حتى يسقط موجب الجناية بموت العبد لفوات
محله ، إلا أن له حقّ الفداء لما ذكرنا كدفع القيم في الزكاة . ولو اختار المولى الفداء ثم مات
العبد فالفداء عليه ، لأن بالاختيار انتقل الحقّ من الرقبة إلى الذمة فلا يسقط بموت العبد
كغيره من الديون ، وليست جناية العبد كدينه في تعلقه برقبته ، لأن جناية الحرّ الخطأ
يطالب بها غيره وهم العاقلة ، وديونه لا يطالب بها غيره ، فكذلك العبد جنائته
الخطأ يطالب بها غيره وهو المولى ، وديونه تتعلق به ، ولا يطالب بها غيره ، وإنما
يملكه بالدفع لأنه عوض جنائته فيملكه كسائر المعاوضات . قال (وكذلك إِنْ
جَنَى ثَانِيًا وَثَالِثًا) معناه إِذَا جَنَى بَعْدَ الْفَدَاءِ مِنَ الْأَوَّلَى يُخِيرُ الْمَوْلَى كَالأَوَّلَى لِأَنَّهُ لِمَا فَدَاهُ
فَقَدْ طَهَرَ عَنِ الْجَنَايَةِ وَصَارَتْ كَأَن لَمْ تَكُنْ فَهَذِهِ تَكُونُ جَنَايَةً مُبْتَدَأَةً ، وكذا الثالثة
والرابعة وغيرها . قال (وَإِنْ جَنَى جِنَايَتَيْنِ فَلِإِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ إِلَيْهِمَا يَقْتَسِمَانِهِ بِقَدَرِ مَا لِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنْ أَرْضِ جَنَايَتِهِ أَوْ يَقْدِيهِ بِأَرْشِيهِمَا) وكذلك إِنْ جَنَى عَلَى جَمَاعَةٍ إِمَّا أَنْ يَدْفَعَهُ
إِلَيْهِمْ يَقْتَسِمُونَهُ بِالْخَصَصِ ، وإما أَنْ يَدْفَعَهُ بِجَمِيعِ أَرْشِهِمْ ، لأن تعلق الجناية برقبته لا يمنع
تعلق مثلها كما في الديون ، ولأن حقّ المولى لم يمنع تعلق الجناية برقبته ، فحقّ وليّ الجناية

وَأَنَّ أَعْتَقَهُ الْمَوْلَى قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْجَنَائَةِ ضَمِنَ الْأَقْلَ مِنْ قِيَمَتِهِ وَمِنْ الْأَرْضِ ،
وَبَعْدَ الْعِلْمِ يَضْمَنُ جَمِيعَ الْأَرْضِ ، وَفِي الْمُدَبَّرِ وَأُمُّ الْوَلَدِ يَضْمَنُ الْأَقْلَ
مِنْ قِيَمَتِهِمَا وَمِنْ الْأَرْضِ ، وَإِنْ عَادَ فَجَنَى وَقَدْ دَفَعَ الْقِيَمَةَ بِقَضَاءِ فَلَا شَيْءَ
عَلَيْهِ ، وَيُشَارِكُ وَلِيَّ الْجَنَائَةِ الثَّانِيَةِ الْأَوَّلَ فِيهَا أَخَذَ ، وَإِنْ دَفَعَ الْمَوْلَى الْقِيَمَةَ
بِغَيْرِ قَضَاءٍ ، فَإِنْ شَاءَ الثَّانِي شَارَكَ الْأَوَّلَ ، وَإِنْ شَاءَ اتَّبَعَ (سَمِ الْمَوْلَى ، ثُمَّ
يَرْجِعُ الْمَوْلَى عَلَى الْأَوَّلِ ،

الأولى أولى أن لا يمنع . قال (وإن أعتقه المولى قبل العلم بالجنائة ضمن الأقل من قيمته ومن
الأرض وبعد العلم يضمن جميع الأرض) لأن حقه في أحدهما ، ففي الأولى خياره باق
فيختار الأقل ، وفي الثانية لما علم فقد اختار الفداء لأن بانعق امتنع الدفع بسبب من جهته
فكان مختاراً للفداء ، والبيع والهبة والتدبير والاستيلاء بمنزلة الإعطاء ، لأن كل ذلك يمنع
الدفع ، وكذلك لو باعه من الحنّى عليه كان اختياراً ، ولو وهبه لا لأن المستحق أخذ
بغير عوض وقد وجد في الهبة دون البيع قال (وفي المدبر وأمّ الولد يضمن الأقل من
قيمتها ومن الأرض) لما روى أن أبا عبيدة بن الجراح قضى بجنائة المدبر على مولاه وهو
أمير الشام بمحض من الصحابة من غير نكير ، ولأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الجنائة
بالتدبير والاستيلاء من غير اختيار للفداء فصار كما إذا دبره وهو لا يعلم بالجنائة ، وإنما
لزم الأقل لأن الأرض إن كان أقل فلا حقّ لوليّ الجنائة غير الأرض ، وإن كانت
القيمة أقل فلم يترك بالتدبير إلا الرقبة . قال (وإن عاد فجنى وقد دفع القيمة بقضاء فلا
شئ عليه ، ويشترك وليّ الجنائة الثانية الأول فيما أخذ) لأن جنائيات المدبر وإن تعددت
لا توجب إلا قيمة واحدة ، لأنه لم يمنع إلا رقبة واحدة والضمان متعلق بالمنع فصار كأنه
دبره بعد الجنائيات ، ولأن دفع القيمة كدفع العبد ، ودفع العبد لا يتكرر فكذا القيمة ،
ويتضاربون بالحصص في القيمة كما مرّ . قال (وإن دفع المولى القيمة بغير قضاء ، فإن شاء
الثاني شارك الأول ، وإن شاء اتبع المولى ، ثم يرجع المولى على الأول) وقالوا : لأشئ
على المولى ، لأنه لما دفع لم تكن الجنائة الثانية موجودة فقد دفع الحقّ إلى مستحقه وصار
كما إذا دفعه بقضاء . ولأنّ حنيفة أن الجنائيات استند ضمانها إلى التدبير الذي صار المولى به
مانعاً ، فكانه دبر بعد الجنائيات فيتعلق حقّ جماعتهم بالقيمة ، فإذا دفعها بقضاء فقد زالت
يده عنها بغير اختياره فلا يلزمه ضمانها ، وإن دفعها بغير قضاء فقد سلم إلى الأول ما تعلق
به حقّ الثاني ، فالثاني أن يضمن أيهما شاء المولى ، لأنه جنى بالدفع إلى غير مستحقه ،
والأول لأنه قبض حقه ظلماً وصار كالوصيّ إذا صرف التركة إلى الغرماء ثم ظهر غريم
آخر ، فإن دفعه بقضاء شارك الغريم الآخر الغرماء فيما قبضوه ، وإن دفع بغير قضاء ،

وَمَنْ قَتَلَ عَبْدًا خَطَاً فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لَا يَزَادُ (س) عَلَى عَشْرَةِ آلَافٍ دِرْهَمٍ إِلَّا عَشِيرَةً ، وَلِلْأَمَةِ خَمْسَةُ آلَافٍ إِلَّا عَشْرَةً ، وَإِنْ كَانَ أَقَلَّ مِنْ ذَلِكَ فَعَلَيْهِ قِيَمَتُهُ ،

إن شاء رجع على الوصي ، وإن شاء شارك الغرماء كذا هذا ، فإن اتبع المولى رجع المولى على الأول لأنه سلم إليه غير حقه ، وإن شارك الأول لم يرجع على أحد ، لأن الحاصل الضمان عليه ، وتعتبر قيمة المدبر لكل واحد منهم يوم جنى ، عليه ولا يعتبر التدبير لأن المولى صار مانعاً من تسليمه في الحال بالتدبير السابق فكأنه جنى ثم دبره ، فتعتبر قيمته حينئذ ؛ مثاله : قتل قتيلاً خطأ وقيمه ألف فازدادت خمسمائة ، ثم قتل آخر فولى الجناية الثانية بأحد من المولى خمسمائة فضل القيمة تحسب عليه من أرش جنايته ، فتقسم الألف على تسعة وثلاثين جزءاً ، لأن ما زاد على القيمة بعد الجناية الأولى لاحقاً لوليها فيه لأنها حدثت وقد تعلق حقه في الدمة فينفرد بها ولي الجناية الثانية فيبقى له من الدية تسعة آلاف وخمسمائة وللأول دية كاملة عشرة آلاف ، فاجعل كل خمسمائة بينهما للأول عشرون وللثاني تسعة عشر فاقسم الألف كذلك ؛ ولو جنى المدبر خطأ ثم مات عقيبها بلا فصل لم تبطل القيمة على المولى لأنها وجبت في ذمته عقيب الجناية ، فبقاء الرقبة وتلفها سواء ، وكذلك لو عمى بعد الجناية لا ينقص شيء من القيمة لما بينا ؛ ولو أعتق المدبر المولى وقد جنى جنايات لم تلزمه إلا قيمة واحدة ، لأن الضمان إنما وجب عليه بالمنع بالتدبير فكان الإعتاق بعده وعدمه سواء . وإذا أقر المدبر بجناية خطأ لم يجوز إقراره ولا يلزمه شيء عتق أو لم يعتق لأنها لازمة لمولاه ، وإقراره على المولى لا يتعلق به حكم . قال (ومن قتل عبداً خطأ فعليه قيمته لا يزداد على عشرة آلاف درهم إلا عشرة ، وللأمة خمسة آلاف إلا عشرة ، وإن كان أقل من ذلك فعليه قيمته) وقال أبو يوسف : تجب قيمته بالغة ما بلغت ؛ ولو غصب عبداً قيمته عشرون ألفاً فهلك في يده تجب قيمته بالإجماع . لأن يوسف أنها جناية على المال فتجب القيمة غير مقدرة كالبهائم ، وهذا لأن الواجب للمولى ، والمولى إنما يملكه من حيث المالية فيكون الواجب بدل المالية . وعن علي وابن عمر رضي الله عنهم مثل قوله . ولهما قوله تعالى - فدية مسلمة إلى أهله - مطلقاً ، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية ، ولأنها جناية على نفس آدمى فلا يزيد على عشرة آلاف كالحرق ، ولأن المعاني التي في العبد موجودة في الحر ، وفي زيادة الحرية ، فإذا لم يجب فيه أكثر من الدية فلأن لا يجب في العبد مع نقصانه أولى ، ولأن فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفاً ، وفيه معنى المالية والجمع بينهما معتذر ، والآدمية أعلى فتعتبر ، ويسقط الأدنى بخلاف البهائم لأنها مال محض ، وبخلاف الغصب لأن الغصب إنما يرد على المال فكان الواجب بمقابلة المال . وعن ابن مسعود

وَمَا هُوَ مُقَدَّرٌ مِنَ الدِّيَةِ مُقَدَّرٌ مِنْ قِيَمَةِ الْعَبْدِ .

باب القسامة

الْقَتِيلُ : كُلُّ مَيِّتٍ بِهِ أَثَرٌ ، فَإِذَا وُجِدَ فِي مَحَلَّةٍ لَا يُعْرَفُ قَاتِلُهُ وَادَّعَى وَلِيُّهُ الْقَتْلَ عَلَى أَهْلِهَا أَوْ عَلَى بَعْضِهِمْ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَلَا بَيِّنَةً لَهُ يُخْتَارُ مِنْهُمْ خَمْسِينَ رَجُلًا يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ مَا قَتَلْنَاهُ وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا ، ثُمَّ يَقْضَى بِالْدِّيَةِ عَلَى أَهْلِ الْمَحَلَّةِ ،

مثل مذهبهما . وأما قليل القيمة فالواجب بمقابلة الآدمية أيضا ، إلا أنه لانص فيه فقد رناه بقيمته رأيا إذ هو الأعدل ، وفي كثير القيمة نص لأنه ورد في الحر بعشرة آلاف ، إلا أنا نقصنا دية العبد من ذلك لإظهارا لشرفه وانحطاطا لرتبة العبد عنه ، والتقدير بعشرة مأثور عن ابن عباس رضي الله عنهما ، ولأنه أقل مال له خطر في الشرع لأن به تستباح الفروج والأيدى فقد رناه به ، وكذلك الأمة على الخلاف والتعليل في كثير القيمة وقليلها . قال (وما هو مقدر من الدية مقدر من قيمة العبد) ففي يد العبد خمسة آلاف إلا خمسة إذا كان كثير القيمة ، لأن الواجب في نفسه عشرة آلاف إلا عشرة واليد نصف الآدمي فيجب نصف ما في النفس ، وعلى هذا سائر الأعضاء .

باب القسامة

وهي مصدر أقسم يقسم قسامة ، وهي الأيمان ، وخص هذا الباب بهذا الاسم لأن مبناه على الأيمان في الدماء ، وهي مشروعة بالإجماع ، والأحاديث على ما يأتيك . قال (القتل : كل ميت به أثر) أي أثر القتل ، لأنه إذا لم يكن به أثر فالظاهر أنه مات حتف أنفه وليس بقتيل فلا يتعلق به يمين ولا ضمان ، وأثر القتل جرح أو أثر ضرب أو خنق أو خروج الدم من عينه أو أذنه ، لأن الدم لا يخرج منها عادة إلا بفعل ، أما إذا خرج من فمه أو دبره أو ذكره فليس بقتيل ، لأن الدم يخرج من هذه المواضع من غير فعل عادة ، وهذا لأن القتل من فانت حياته بسبب يباشره غيره من الناس عرفا ، فإذا علمنا أنه قتل (فإذا وجد في محلة لا يعرف قاتله) لأنه إذا عرف قاتله لا قسامة ، فإذا لم يعرف (وادعى) وليه القتل على أهلها أو على بعضهم عمدا أو خطأ ولا بينة له يختار منهم خمسين رجلا) لأن الحق له فلا بد من دعواه ، وإذا كان له بينة فلا حاجة إلى القسم ، فإذا ادعى ولا بينة له وجبت اليمين فيختار خمسين رجلا (يحلفون بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا ، ثم يقضى بالدية على أهل المحلة) أي على عاقلتهم . والأصل في ذلك ما روى « أن عبد الله

ابن سهل وجد قتيلًا في قلب (١) في خير فجاء أخوه عبد الرحمن وعماه حويصة ومحبصة إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فذهب عبد الرحمن يتكلم ، فقال عليه الصلاة والسلام : الكبير الكبير ، فتكلم الكبير من عمه فقال : يا رسول الله إنا وجدنا عبد الله قتيلًا في قلب من قلب خير ، فقال عليه الصلاة والسلام : تبرؤكم اليهود بخمسين يمينا يحلفون أنهم ما قتلوه ؟ قالوا : كيف نرضى بأيمان اليهود وهم مشركون ؟ فقال : فيقسم منكم خسون رجلا أنهم قتلوه ؟ قالوا : كيف نقسم على ما لم نره ؟ فوداه عليه الصلاة والسلام من عنده وعن سعيد بن المسيب « أن القسامة كانت في الجاهلية ، وأقرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتيل من الأنصار وجد في جبّ اليهود ، فأرسل رسول الله عليه الصلاة والسلام إلى اليهود وكلفهم قسامة خمسين ، فقالت اليهود له : نحلف ، فقال للأنصار : أتخلفون وتستحقون ؟ فقالت الأنصار : لن نحلف ، فألزم اليهود دينه لأنه قتل بين أظهرهم » وروى « أن رجلا جاء إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام فقال : يا رسول الله إني وجدت أخي قتيلًا في بني فلان ، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام : اجمع منهم خمسين يحلفون بالله ما قتلوه ولا علموا له قاتلا ، فقال : يا رسول الله مالي من أخي إلا هذا ؟ قال : بلى مائة من الإبل » فدلّت هذه الأحاديث على وجوب الأيمان والدية على أهل المحلة ، وتردّ على من يقول بوجوب البداءة بيمين الولي ، ولأن أهل المحلة يلزمهم نصرة محلتهم وحفظها وصيانتها عن النوائب والقتل ، وصون الدم المعصوم عن السفك والهدر ، فالشرع ألحقهم بالقتلة لترك صيانة المحلة في حقّ وجوب الدية صونا للآدمي المحترم المعصوم عن الإهدار ، ولأن الظاهر أن القاتل منهم وإنما قتل بظهرهم فصاروا كالعاقلة . وأما قوله عليه الصلاة والسلام للأنصار « أتخلفون وتستحقون ؟ » فهو على طريق الإنكار عليهم لما قالوا : لا نرضى بيمين اليهود ، ولهذا ثبت فيه النون ، ولو كان أمرا لقال : احلفوا تستحقوا دم صاحبكم ، وما روى « تخلفون وتستحقون » فعناه أتخلفون كقوله تعالى - تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة - أي أتريدون ، ولأن البداءة بيمين الولي مخالفة لقوله عليه الصلاة والسلام « البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر » ولأنه يدخل تحت قوله تعالى - إن الذين يشرون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا - الآية ، ويختار الولي خمسين رجلا لأن اليمين حقه فيختار من يظهر حقه باختياره ، أما من اتهمه بالقتل أو الصالحين منهم ليحترزوا عن اليمين الكاذبة فيظهر القاتل ، فإذا حلفوا قضى بالدية على عاقلهم لما روينا ،

(١) قال في مختار الصحاح : القلب : البرّ قبل أن تطوى . قلت : يعنى قبل أن تنبي بالحجارة ونحوها ، يذكر ويؤنث . وقال أبو عبيدة : هي البرّ العادية القديمة اه .

وكذلك إن وجد بدنه أو أكثره أو نصفه مع الرأس ، فإن لم يكن فيهم خمسون كررت الأيمان عليهم لتتم خمسين ، ومن أبي منهم حديث حتى يحلف ، ولا يقضى بالدية بيمين الولي ؛

وسواء ادعى القتل على جميع أهل الخلة أو على بعضهم معينين أو مجهولين لإطلاق النصوص . وعن أبي يوسف إذا ادعى على بعض بأعيانهم تسقط القسامة والدية عن الباقي ، فإن كان له بينة وإلا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة كسائر الدعاوى . قال (وكذلك إن وجد بدنه أو أكثره أو نصفه مع الرأس) لأن النص ورد في البدن ، ولأكثر حكم الكل تعظيما للآدمي ، وإن وجد نصفه مشقوقا بالطول أو أقل من النصف ومعه الرأس ، أو وجد رأسه أو يده أو رجله أو عضو منه آخر فلا قسامة ولا دية ، لأن النص ورد في البدن وهذا ليس في معناه ، ولأنه لو وجبت فيه القسامة لوجب لو وجد عضو آخر أو النصف الآخر فتكرر القسامة أو الدية بسبب نفس واحدة ولم يرد بذلك نص . قال (فإن لم يكن فيهم خمسون كررت الأيمان عليهم لتتم خمسين) لما روى أن رجلا قتل بين حيين باليمين وادعة وأرحب (١) ، فكتبوا إلى عمر رضي الله عنه أنه وجد قتيل لا يدري من قتله ؛ فكتب عمر أن قس بين القريتين فأيهم كان أقرب فالزمهم ، فكان إلى وادعة فأتوا عمر رضي الله عنه وكانوا تسعة وأربعين رجلا فأحلفهم وأعاد اليمين على رجل منهم حتى تموا خمسين ثم ألزمهم الدية ، فقالوا : نعطي أموالنا وأيماننا ؟ فقال نعم نيم يطل (٢) دم هذا ؟ . قال (ومن أبي منهم حبس حتى يحلف) لأن اليمين في القسامة نفس الحق ، ألا ترى أنه يجمع بينها وبين الدية ؟ ويدل عليه ما تقدم من حديث عمر رضي الله عنه حين قالوا : نبذل أموالنا وأيماننا ، أما تجزئ هذه عن هذه ؟ قال لا ، وإذا كانت نفس الحق يحبس عليه لأنه قادر على أدائه ، بخلاف الامتناع عن اليمين في الأموال ، لأن اليمين فيها بدل عن الحق حتى يسقط ببذل المدعى ، فاذا نكل لزمه المال وهو حقه ، فلا معنى للحبس بما ليس بحق . أما هنا لا يسقط اليمين ببذل الدية وكان الحبس بحق فافترقا . وعن أبي يوسف أنه تجب الدية بالنكول كما في سائر الدعاوى ، وجوابه مأمور أنه مستحق عليه لنفسه : قال (ولا يقضى بالدية بيمين الولي) لأن اليمين شرعت للدفع لا للاستحقاق ، ولأن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب اليمين على المنكر للدفع عنه بقوله « واليمين على المنكر » والولي يحتاج إلى الاستحقاق فلا يشرع في حقه ، ولأنه لا يستحق بيمينه المال المبذل المهان ، فلأن لا تستحق النفس المحترمة أولى .

(١) قوله وادعة وأرحب : هما قبيلتان من همدان كذا رأيته معزيا للنهاية .

(٢) قوله يطل : أى يهدر .

وَلَا يَدْخُلُ فِي الْقِسَامَةِ صَبِيٌّ وَلَا مَجْنُونٌ وَلَا عَبْدٌ وَلَا امْرَأَةٌ ، وَإِنْ ادَّعَى الْوَلِيُّ الْقَتْلَ عَلَى غَيْرِهِمْ سَقَطَتْ عَنْهُمْ الْقِسَامَةُ ، وَلَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُمْ (س) عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ ، وَإِنْ وُجِدَ عَلَى دَابَّةٍ يَسُوقُهَا إِنْسَانٌ فَالْدَابَّةُ عَلَى عَاقِلَةِ السَّائِقِ وَكَذَا الْقَائِدُ وَالرَّاكِبُ ، وَأَنْ وُجِدَ فِي دَارِ إِنْسَانٍ فَالْقِسَامَةُ عَلَيْهِ وَعَلَى عَاقِلَتِهِ (س) إِنْ كَانُوا حُضُورًا ، وَإِنْ كَانُوا غَيْبًا كُرِّرَتِ الْإِيمَانُ عَلَيْهِ وَالْدَابَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ،

قال (ولا يدخل في القسامة صبي ولا مجنون) لأنهما ليسا من أهل اليمين (ولا عبد ولا امرأة) لأنهما ليسا من أهل النصرة ، وإنما تجب على أهلها . قال (وإن ادعى الولي القتل على غيرهم سقطت عنهم القسامة ولا تقبل شهادتهم على المدعى عليه) لأن اليمين إنما تلزم بالدعوى وكذلك الدية ولم يدع عليهم ، ثم إن كان له بينة على المدعى عليه وإلا يلزمه يمين واحدة كسائر الدعوى فإن حلفه برى وإن نكل فعلى خلاف مرق في الدعوى ، وإنما لا تقبل شهادتهم لأنهم تعينوا للخصومة حيث وجد القتل فيهم فصاروا كالوكيل بالخصومة ، والوصي إذا شهد بعد العزل والخروج عن الوصية ، ولأنهم متهمون في شهادتهم لاحتمال أنه جعل ذلك وسيلة إلى قبول شهادتهم . وقال : تقبل لأنه لما ادعى على غيرهم سقطت عنهم القسامة فلا تهمه في شهادتهم وجوابه مامر قال (وإن وجد على دابة يسوقها إنسان فالدية على عاقلة السائق) لأن الدابة في يده فكأنه وجده في داره (وكذا القائد والراكب) ولو اجتمعوا فالدية على عاقلتهم لأن الدابة في أيديهم . قال (وإن وجد في دار إنسان فالقسامة عليه وعلى عاقلته إن كانوا حضورا) وقال أبو يوسف : لا قسامة على العاقلة لأن رب الدار أحصى بالدار من غيره فصار كأهل المحلة لا يشاركونهم في القسامة غيرهم . ولهما أن بالحضور تلزمهم نصرة البقعة كصاحب الدار فيشاركونه في القسامة (وإن كانوا غيبا كررت الإيمان عليه والدية على العاقلة) لما تقدم ، وإن وجد في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لآخر وسدسها لآخر والباقي لآخر فالقسامة على عدد رؤسهم لأنهم يشتركون في التدبير فكانوا في الحفظ سواء ، والقسامة على أهل الخطة ، وهم الذين خط لهم الإمام عند فتحها ولا يدخل معهم المشترون . وقال أبو يوسف : يشترك الكل في ذلك لأنها وجبت بترك الحفظ من له ولاية الحفظ والولاية بالملك ، فيستوى أهل الخطة والمشترون لاستوائهم في الملك . ولهما أن أهل الخطة أحصى بنصرة البقعة ، والحكم يتعلق بالأخص فكان المشتري معهم كالأجنبي ، ولأن العقل تعلق في الأصل بأهل الخطة فما بقي منهم واحد لا ينتقل عنهم كموالي الأب إذا لم يمت العقل لا ينتقل إلى موالى الأم ما بقي منهم واحد ، وقيل بأن أبا حنيفة شاهد الكوفة وأهل الخطة كانوا يدبرون أمر المحلة وينصرونها دون المشتري ، فبنى الأمر

وَلَا يُجِدُ بَيْنَ قَرَيْتَيْنِ فَعَلَى أَقْرَبِيهِمَا إِذَا كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتِ ، وَلَوْ
وُجِدَ فِي السَّفِينَةِ فَالْقِسَامَةُ عَلَى الْمَلَّاحِينَ وَالرُّكَّابِ ، وَفِي مَسْجِدٍ مَحَلَّةٌ عَلَى
أَهْلِهَا ، وَفِي الْجَامِعِ وَالشَّارِعِ الْأَعْظَمِ الدِّيَّةُ فِي بَيْتِ الْمَالِ وَلَا قِسَامَةَ ،

على ذلك ، فإذا لم يبق من أهل الحطة أحد وكان في الحطة مشترون وسكان ، فالقسامة على
الملاك دون السكان . وقال أبو يوسف : عليهم جميعا لأن النبي عليه الصلاة والسلام أوجب
القسامة على يهود خيبر وكانوا سكانا ، ولأن الساكن يلي التدبير كالمالك . ولهما أن المالك
أخص بالبقعة ونصرتها ، ألا ترى أن السكان يكونون في وقت وينتقلون في وقت فتجب
القسامة على من هو أخص ، وأما أهل خيبر فالنبي عليه الصلاة والسلام أقرهم على أملاكهم
وكان يأخذ منهم الخراج . قال (وإن وجد بين قريتين فعلى أقربهما) لما روى أبو سعيد
الخلدري « أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر في مثله بأن يذرع بين القريتين ، ولما مر من
حديث عمر رضي الله عنه ، وهذا (إذا كانوا يسمعون الصوت) لأنه يلحقه الغوث ،
فأما إذا كانوا لا يسمعون الصوت ولا يلحقه الغوث فلا شيء عليهم ، ولو كان يسمع
الصوت أهل إحدى القريتين دون الأخرى فالقسامة على الذين يسمعون لما قلنا (ولو وجد
في السفينة فالقسامة على الملاحين والركاب) وهذا على قول أبي يوسف ظاهر لأنه يرى
القسامة على الملاك والسكان . وأما على قولهما فالسفينة تنقل وتحول فتعتبر فيها اليد دون
المالك كالدابة ، ولا كذلك الدار والحطة فافترقا . قال (وفي مسجد محلة على أهلها) لأنهم
أخص بنصرته والتصرف فيه فكأنه وجد في محلهم . قال (وفي الجامع والشارع الأعظم
الدية في بيت المال ولا قسامة) وكذلك الجسور العامة لأن ذلك لا يخص بالبعض بل يتعلق
بجماعة المسلمين ، فما يجب لأجله يكون في بيت مالهم ، ولأن العين للهمة وذلك لا يوجد
في جماعة المسلمين ، وكذلك لو وجد في السجن . وقال أبو يوسف : القسامة على أهل
السجن والدية على عاقلتهم ، لأن الظاهر أن القتل وجد منهم . ولهما أنهم مقهورون لانصرة
لهم فلا يجب عليهم ما يجب لأهل النصرة ، ولأن منفعة السجن لجماعة المسلمين ، لأنه
وضع لاستيفاء حقوقهم ولدفع الضرر عنهم فكانت النصرة عليهم ، وهذه من فروع المالك
والساكن لأن أهل السجن كالسكان فلا يجب عليهم شيء خلافا لأبي يوسف ، وإن وجد
في السوق إن كان مملوكا فعلى المالك . وعند أبي يوسف على السكان أيضا ، وإن كان
غير مملوك أو هو للسلطان فهو كالشارع العام الذي ثبت فيه حق جماعة المسلمين وسوق
السلطان للمسلمين ، فما يجب فيه يكون في بيت المال ويؤخذ في ثلاث سنين ، لأن حكم
الدية التأجيل كما في العاقلة فكذلك غيرهم ، ألا ترى أنها تؤخذ من مال المقر بقتل الخطأ
في ثلاث سنين ؟ .

وَأَنَّ وَجِدَ فِي بَرِيَّةٍ أَوْ فِي وَسْطِ الْفُرَاتِ فَهُوَ هَدْرٌ ، وَإِنْ كَانَ مُحْتَبَسًا بِالشَّاطِئِ
فَعَلَى أَقْرَبِ الْقُرَى مِنْهُ إِنْ كَانُوا يَسْمَعُونَ الصَّوْتَ .

باب المعادل

وَهِيَ جَمْعُ مَعْقَلَةٍ وَهِيَ الدِّيةُ ، وَالْعَاقِلَةُ الَّذِينَ يُؤَدُّونَهَا ،

قال (وإن وجد في برية أو في وسط الفرات فهو هدر) لأنه لا يد لأحد عليه ولا مملوكا لأحد
ولا يسمع الصوت منه أهل مصر ولا قرية فكان هدرا . قال (وإن كان محتبسا بالشاطئ
فعلى أقرب القرى منه إن كانوا يسمعون الصوت) لأنهم أخص به من غيرهم ، ألا ترى
أنهم يشربون منه ويوردون عليه دوابهم فكانوا أخص بنصرته فيجب عليهم كأهل المحلة ؛
ولو وجد في نهر صغير خاص مما يقضى فيه بالشفعة فعلى عاقلة أرباب النهر لأنه مملوك
لهم ، فهم أخص به من غيرهم فيتعلق بهم ما يوجد فيه كالدرور والسوق والمملوك ؛ ومن
وجد قتيلًا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته ، وقالوا : لا شيء فيه لأن الدار في يده
حالة الجرح فكأنه قتل نفسه ، ولو قتل نفسه كان هدرا كذا هذا . ولأبي حنيفة أن
القسامة وجبت لظهور القتل وحالة الظهور الدار ملك الورثة فتجب الدية على عاقلتهم ، وهل
تجب القسامة عليهم ؟ فيه اختلاف المشايخ ، وهذا بخلاف ما إذا وجد المكاتب قتيلًا
في دار نفسه ، لأن الدار على ملكه حالة ظهور القتل ، فكأنه قتل نفسه فهدر .

رجلان في بيت لاثلاث معهما وجد أحدهما قتيلًا يضمن الآخر الدية عند أبي يوسف ،
وقال محمد : لا شيء عليه لأنه احتمل أنه قتل نفسه وأنه قتله صاحبه فلا تجب الدية بالشك .
ولأبي يوسف أن الإنسان لا يقتل نفسه ظاهرا فسقط اعتباره كما إذا وجد في محلة .

باب المعادل

(وهي جمع معقلة وهي الدية) وسميت الدية عقلا لوجهين : أحدهما أنها تعقل الدماء
من أن تراق . والثاني أن الدية كانت إذا أخذت من الإبل تجمع فتعقل ثم تساق إلى ولي
الجنانية (والعاقلة الذين يؤدونها) والأصل في وجوب الدية على العاقلة ما تقدم من حديث
الجنين حيث قال عليه الصلاة والسلام لأولياء الضاربة « قوموا فدوه » وروى « أنه عليه
الصلاة والسلام جعل على كل بطن من الأنصار عقولة » والمعقول أيضا يدل عليه ، وهو
أن الخاطئ معذور ، وعذره لا يعدم حرمة النفس بل يمنع وجوب العقوبة عليه فأوجب
الشرع الدية صيانة للنفس عن الإهدار ، ثم في إيجاب الكل عليه إجحاف واستئصال به
فيكون عقوبه له ، فتضم العاقلة إليه دفعا للعقوبة عنه ، ولأن ذلك إنما يكون بظهور

وَيَجِبُ عَلَيْهِمْ كُلُّ دِيَّةٍ وَجَبَتْ بِنَفْسِ الْقَتْلِ ، فَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ مِنْ أَهْلِ الدِّيَّانِ فَهُمْ عَاقِلَتُهُ ، وَتُؤْخَذُ مِنْ عَطَايَاهُمْ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ،

عشيرته وقوة يجدها في نفسه بكثرتهم وقوة أنصاره منهم ، فكانوا كالمشاركين له في القتل فضمموا إليه لذلك كالردء والمعين لأنه يتحمل عنهم إذا قتلوا ويتحملون عنه إذا قتل فتكون من باب المعاونة كعادة الناس في التعارف ، بخلاف المتلفات لأنها لا تكثر قيمتها فلا يحتاج إلى التخفيف ، والدية مال كثير يحفف بالقاتل فاحتاج إلى التخفيف . قال (ويجب عليهم كل دية وجبت بنفس القتل) كالخطأ وشبه العمد ، وهذا احتراز عما وجب بالصلح والاعتراف أو سقط القتل فيه بشبهة كالأب ، وإنما وجبت دية شبه العمد على العاقلة لحديث الجحني ، ألا ترى أنها تعدت ضربها بالعمود فقضى عليه الصلاة والسلام بالدية على العاقلة ، ولأنه قتل أجرى كالخطأ في باب الدية فكذلك في تحمل العاقلة . وقضى عمر رضي الله عنه بالدية في الخطأ على العاقلة بحضرة الصحابة من غير خلاف . قال (فإن كان القاتل من أهل الديوان فهم عاقلته) وهم الذين لهم رزق في بيت المال ، وفي زماننا هم أهل العسكر لكل راية ديوان على حدة ، وذلك لأن العرب كانوا يتناصرون بأسباب منها القرابة والولاء والحلف وغير ذلك ، وبقوا على ذلك إلى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما جاء عمر ودون الدواوين صار التناصر بالدواوين ، فأهل كل ديوان ينصر بعضهم بعضا وإن كانوا من قبائل متفرقة . وقد صبح أن عمر رضي الله عنه فرض العقل على أهل الديوان وكان قبل ذلك على عشيرة الرجل في أموالم ، لأنه أول من وضع الديوان فبطل العقل فيه ، وذلك بمحض من الصحابة رضي الله عنهم فكان إجماعا منهم ، وهو على وفاق ما قضى به رسول الله عليه الصلاة والسلام معني ، فإنهم علموا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى به على العشيرة باعتبار النصرة ثم الوجوب بطريق الصلة ، فإيجابه فيما يصل إليهم صلة وهو العطاء أولى ، وأهل كل ديوان فيما يصل إليهم من ذلك كنفس واحدة . قال (ويؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين) لما تقدم من حديث عمر وهو مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا وتعتبر الثلاث سنين من يوم القضاء لأن الدية تجب يوم القضاء ، وسواء خرجت في أقل أو أكثر لأنه إنما وجبت في العطاء تخفيفا ، فإذا حصلت في أي وقت حصل وجد المقصود فيؤخذ منه ، فإن تأخر خروج العطاء لم يطالبوا بشيء ، وإن تعجل الثلاث سنين أخذ منها الجميع لما ذكرنا ؛ وإذا وجب جميع الدية في ثلاث سنين كان كل ثلاث في سنة فإذا وجب الثلاث فما دونه كان في سنة ، وما زاد على الثلاث إلى الثلاثين في سنتين ، وما زاد إلى تمام الدية في السنة الثالثة ، وإن كانت العاقلة أصحاب الرزق أخذ من أرزاقهم في ثلاث سنين ، فإن خرجت أرزاقهم في كل سنة أخذ منها الثلاث ، وإن خرجت

وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته ، ولا يزداد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة وينقص منها ، فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسبا ، وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته ، وإن تناصروا بالحلف فأهله ، ويؤدى القاتل كأحدِهِمْ ؛

في كل سنة أشهر أخذ منها السدس في كل شهر بحصته ، وعلى هذا فالحاصل أنه يؤخذ في كل سنة الثلث كيفما خرج ، لأن الأرزاق لهم كالأعطية لأهلها ، وإن كان لهم أرزاق في كل شهر وأعطية في كل سنة أخذ من أعطيتهم لأنه أسهل ، فإن الرزق يكون بقدر الكفاية لكل شهر أو لكل يوم فيشتق عليهم الأخذ منه . أما العطاء يكون في كل سنة بقدر عنائه واختباره في الحروب لاجباجته فكان الأخذ منه أسهل . قال (وإن لم يكن من أهل الديوان فعاقلته قبيلته) وهم عصبته من النسب لما روى « أنه صلى الله عليه وسلم أوجب الدية على عصبته القاتل ، ولأن تناصروا بالحرف . قال (ولا يزداد الواحد على أربعة دراهم أو ثلاثة وينقص منها) يؤخذ منه كل سنة درهم وثلث أو درهم لأن الأصل فيها التخفيف وتجب صلة ، فقدروه في كل سنة بالدرهم لأنه أقل المقدرات ، ويزاد ثلث درهم وهو المختار ليكون الأكثر من الأقل وما لم يبلغ النصف فهو في حكمه . قال (فإن لم تتسع القبيلة لذلك ضم إليهم أقرب القبائل نسبا) تحرزا عن الإجحاف وتحقيقا لمعنى التخفيف فيضم إليهم الأقرب فالأقرب على ترتيب العصبات لأن التناصر يقع بذلك ، وكذلك أهل الديوان إذا لم يتسع الديوان للدية يضم إليهم أقرب الرايات إليهم نصرة إذا حزبهم أمر أو دهمهم عدو ، وهو مفوض إلى رأى الإمام إذ هو أعلم بذلك ، ومن لاعاقلة له في رواية تجب في بيت المال ، لأنه لو مات ولا وارث له ورثه بيت المال ، فاذا جنى يكون عليه ليكون الغنم بالغرم ، وفي رواية في مال الجاني لأن الأصل أن تجب عليه لأنه الجاني إلا أنا أوجبناه على العاقلة لما ذكرنا فإذا لم تكن عاقلة عاد إلى الأصل . قال (وإن كان ممن يتناصرون بالحرف فأهل حرفته) وإن تناصروا بالحلف فأهله (لما بينا أن المعنى فيه هو التناصر ، ومن ليس له ديوان ولا عشيرة ، قيل يعتبر المحال والقرى والأقرب فالأقرب ، وقيل تجب في ماله ، وقيل إن كان القاتل مسلما تجب في بيت المال ، لأن الدية تجب باعتبار النصرة ، وجماعة المسلمين يتناصرون ويذب بعضهم عن بعض وعلى هذا الخلاف اللقيط ، ولا تعقل مدينة عن مدينة وتعقل المدينة عن قراها لأن أهل المصر يتناصرون بديوانهم وأهل سوادهم وقراهم ، ولا يتناصرون بأهل ديوان مصر آخر ، والباديتان إذا اختلفتا كمصرين . قال (ويؤدى القاتل كأحدهم) لأنه لما لم يجب عليه الكل مخافة الإجحاف ، ولا إجحاف في هذا ولأنه الجاني فلا أقل من أن يكون كأحدهم ، لأنها تجب بالتناصر وهو أولى بنصرة نفسه .

وَلَا عَقْلَ عَلَى الصَّبِيَّانِ وَالنِّسَاءِ ، وَلَا عَلَى عَبْدٍ وَمُدَبِّرٍ وَمُكَاتِبٍ ، وَلَا يَعْقِلُ كَافِرٌ عَنْ مَسْلِمٍ وَلَا بِالْعَكْسِ ؛ وَإِذَا كَانَ لِلذَّمَى عَاقِلَةٌ فَالِدِيَّةُ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ عَاقِلَةٌ فَالِدِيَّةُ فِي مَالِهِ فِي ثَلَاثِ سِنِينَ ؛ وَعَاقِلَةُ الْمُعْتَقِ قَبِيلَةُ مَوْلَاهُ ؛ وَعَاقِلَةُ مَوْلَى الْمُوَالَةِ مَوْلَاهُ وَقَبِيلَتُهُ ، وَوَلَدُ الْمُلَاعِنَةِ تَعْقِلُ عَنْهُ عَاقِلَةُ أُمِّهِ ، فَإِنْ ادَّعَاهُ الْأَبُ بَعْدَ ذَلِكَ رَجَعَ عَاقِلَةُ الْأُمِّ عَلَى عَاقِلَةِ الْأَبِ ، وَتَتَحَمَّلُ الْعَاقِلَةُ خَمْسِينَ دِينَارًا فَصَاعِدًا وَمَا دُونَهَا فِي مَالِ الْجَانِي ، وَلَا تَعْقِلُ الْعَاقِلَةُ مَا اعْتَرَفَ بِهِ الْجَانِي إِلَّا أَنْ يُصَدِّقُوهُ .

قال (ولا عقل على الصبيان والنساء) لقول عمر رضي الله عنه : لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولأئهما ليسا من أهل النصرة ، ولأن الدية تؤدى على طريق الصلة والتبرع والصبي ليس من أهلها (ولا على عبد ومدبر ومكاتب) لأن العرب لا تستنصر بهم . قال (ولا يعقل كافر عن مسلم ولا بالعكس) لعدم التناصر ، والكفار يعقل بعضهم عن بعض ، لأن الكفر كله ملة واحدة إلا أن يكون بينهم معاداة وحراب فلا يتعاملون لعدم التناصر . قال (وإذا كان للذمي عاقلة فالدية عليهم) كالمسلم لا لزامهم أحكامنا في المعاملات ولوجود التناصر بينهم (وإن لم يكن له عاقلة فالدية في ماله) في ثلاث سنين (كما قلنا في المسلم ، وهذا لأن الواجب عليه وإنما يتحول إلى العاقلة إذا وجدت فإذا لم يكن بقيت عليه . قال (وعاقلة المعتق قبيلة موله) قال عليه الصلاة والسلام « مولى القوم منهم » ولأن نصرته بهم (وعاقلة مولى الموالة موله وقبيلته) لأن عقد الموالة عقد يتناصرون به . قال (وولد الملاينة تعقل عنه عاقلة أمه) لأن نسبته إليهم فينصرونه (فان ادَّعاه الأب بعد ذلك رجع عاقلة الأم على عاقلة الأب) لأنه ظهر أن الدية كانت واجبة على عاقلة الأب حيث أكذب نفسه وبطل اللعان وثبت نسبه منه ، فقوم الأم يحملوا مضطرين عن قوم الأب ما كان عليهم فيرجعون به عليهم في ثلاث سنين من حين قضى لعاقلة الأم على عاقلة الأب . قال (وتتحمل العاقلة خمسين دينارا فصاعدا وما دونها في مال الجاني) لما روينا أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالفرقة على العاقلة وهي خمسون دينارا . وعن عمر مرفوعا وموقوفا « لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا اعترافا ولا صلحا ولا مادونا أرش الموضحة » وعن ابن عباس مثله ، ولأن التحمل على العاقلة إنما كان تحرزا عن الإجحاف وهو في الكثير دون القليل ، والقدر الفاصل بينهما ما ورد به الشرع وهو ما ذكرنا . قال (ولا تعقل العاقلة ما اعترف به الجاني إلا أن يصدقوه) لما روينا ، ولأنه لا يلزمهم إقراره عليهم ، إذ لا ولاية له عليهم ، فاذا صدقوه فقد رضوا به فيلزمهم : ولو تصادق القاتل وولى الجناية على أن قاضيا من قضاة المسلمين حكم على العاقلة بالدية وكذبتهما العاقلة فلا شيء عليهم ، لأن تصادقهما

وَإِذَا جَنَى الْحَرُّ عَلَى الْعَبْدِ خَطَأً فَعَلَى عَاقِلَتِهِ .

كتاب الوصايا

وَهِيَ مَنْدُوبَةٌ ،

ليس بحجة عليهم ، وليس على القاتل شيء في ماله ، لأن الدية تقررت على العاقلة لتصادقهم وهو حجة في حقهما ، بخلاف الأول حيث تجب الدية في ماله باعتباره ، وتعذر إيجابها على العاقلة فتجب عليه . قال (وإذا جنى الحرّ على العبد خطأ فعلى عاقلته) لأنها بدل النفس فتكون على العاقلة كما في الحرّ . وروى عن أبي يوسف أنها في مال القاتل ، وحمل قوله عليه الصلاة والسلام « ولا عبدا » فيما جنى عليه ، وجوابه أن المراد أنها لا تتحمل جناية العبد ، لأن المولى أقرب إليه منهم . وروى عنه أيضا أن قدر الدية على العاقلة لأنها ضمان النفس ، وما زاد في مال الجاني لأنه ضمان المال ، بناء على أن عنده تجب قيمته بالغة ما بلغت ، وقد تقدّم .

كتاب الوصايا

وهي جمع وصية ، والوصية : طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصى أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه كقضاء ديونه والقيام بحوائجه ومصالح ورثته من بعده وتنفيذ وصاياه وغير ذلك ، يقال : فلان سافر فأوصى بكذا ، وفلان مات وأوصى بكذا ، والاستيضاء : قبول الوصية ، يقال : فلان استوصى من فلان : إذا قبل وصيته . قال عليه الصلاة والسلام « استوصوا بالنساء خيرا فأنهنّ عوان عندكم » أي اقبلوا وصيتي فيهنّ فأنهنّ أسرى عندكم » (وهي) قضية مشروعة وقربة (مندوبة) دلّ على ذلك الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله تعالى - من بعد وصية يوصى بها أو دين - وهذا دليل شرعيتها . والسنة ما روى « أن سعد بن أبي وقاص مرض بمكة فعاده رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ثلاث ، فقال : يا رسول الله إني لأخلف إلا بنتا أفأوصى بجميع مالي ؟ قال لا ، قال : أفأوصى بثلاثي مالي ؟ قال لا ، قال : فبنصفه ؟ قال لا ، قال : فبثلثه ؟ قال : الثالث والثلاث كثير ، لأن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس » أي يسألون الناس كفايتهم ، وقال عليه الصلاة والسلام « إن الله تصدّق عليكم بئاء ، أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم تضعوه حيث شئتم » وفي رواية « حيث أحببتكم » وهذا يدلّ على شرعيتها وبنين وجوبها ، وقال عليه الصلاة والسلام « لا يحلّ لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر له مال يوصى فيه أن يبيت ليلتين إلا وصيته تحت رأسه » وهذا يدلّ على الندية .

وَهِيَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَثُونَةِ الْمُوصِي وَقَضَاءِ دُيُونِهِ ، وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثُلُثِ
تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بَغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَمَازَادَ عَلَى الثُلُثِ
وَاللِّقَاتِلِ (س) وَالْوَارِثِ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ ، وَتُعْتَبَرُ إِجَازَاتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ ،
وَأَمَّا الْإِجْمَاعُ فَإِنَّ الْأَئِمَّةَ الْمُهْدِيْنَ وَالسَّلَفَ الصَّالِحَ أَوْصَوْا ، وَعَلَيْهِ الْأَمَّةُ إِلَى يَوْمِنَا هَذَا ،
وَلَأَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَخْلُو مِنْ حَقُوقِ لَهُ وَعَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ مُوَاخِدٌ بِذَلِكَ ، فَإِذَا عَجَزَ بِنَفْسِهِ فَعَلَيْهِ
أَنْ يَسْتَنْبِطَ فِي ذَلِكَ غَيْرَهُ وَالْوَصَى نَائِبٌ عَنْهُ فِي ذَلِكَ ، فَكَانَ فِي الْوَصِيَّةِ احْتِيَاظًا لِلخُرُوجِ
عَنْ عَهْدَتِهَا فَيَنْدُبُ إِلَيْهَا وَتَشْرَعُ تَحْصِيلًا لِهَذِهِ الْمَصَالِحِ . قَالَ (وَهِيَ مُؤَخَّرَةٌ عَنْ مَثُونَةِ الْمُوصِي
وَقَضَاءِ دِيُونِهِ) عَلَى مَا يَأْتِي فِي الْفَرَائِضِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى (وَهِيَ مُقَدَّرَةٌ بِالثُلُثِ تَصِحُّ لِلْأَجْنَبِيِّ
مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا بَغَيْرِ إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ) لِمَا رَوَيْنَا مِنْ حَدِيثِ سَعْدٍ وَغَيْرِهِ وَهِيَ مُطْلَقَةٌ
لَا تَتَّقِدُ بِالْمُسْلِمِ وَلَا بِغَيْرِهِ . قَالَ (وَمَا زَادَ عَلَى الثُلُثِ وَاللِّقَاتِلِ وَالْوَارِثِ تَصِحُّ بِإِجَازَةِ الْوَرَثَةِ)
لَأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِمَا زَادَ عَلَى الثُلُثِ لَا تَجُوزُ لِحَدِيثِ سَعْدٍ . وَفِي الْحَدِيثِ « الْحَيْفُ فِي الْوَصِيَّةِ مِنَ
الْكِبَائِرِ » قِيلَ مَعْنَاهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثُلُثِ وَالْوَارِثِ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَ ذَلِكَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ ، لِأَنَّ
الْمَرِيضَ مَرَضَ الْمَوْتِ قَدْ اسْتَغْنَى عَنِ الْمَسَالِ وَتَعَلَّقَ حَقُّهُمْ بِهِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَظْهَرْ ذَلِكَ فِي الثُلُثِ
بِمَا سَبَقَ مِنَ الْحَدِيثِ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ لِيَتَدَارَكَ مَا فَرَطَ مِنْهُ وَقَصَرَ فِي عَمَلِهِ ، فَإِذَا أَجَازَتْ
الْوَرَثَةُ ذَلِكَ فَقَدْ رَضُوا بِاسْقَاطِ حَقِّهِمْ فَيَصِحُّ (وَتُعْتَبَرُ إِجَازَتُهُمْ بَعْدَ مَوْتِهِ) لِأَنَّهُ عِنْدَ ذَلِكَ
ثَبَتَ حَقُّهُمْ فِيهِ لِقَبْلِهِ ، وَإِنَّمَا يَسْقُطُ الْحَقُّ بَعْدَ ثَبُوتِهِ ، فَإِذَا أَجَازُوهُ بَعْدَ الْمَوْتِ فَقَدْ أَسْقَطُوا
حَقِّهِمْ بَعْدَ ثَبُوتِهِ فَيَصِحُّ ، وَكَذَلِكَ الْوَصِيَّةُ لِلْوَارِثِ إِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِحَقِّ بَاقِي الْوَرَثَةِ ، لِأَنَّ
الْوَصِيَّةَ لَا تَجُوزُ لِلْوَارِثِ ، قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ وَلَا لِإِقْرَارِ بَدِينٍ »
وَفِي رِوَايَةٍ « لَا وَصِيَّةَ لِلْوَارِثِ إِلَّا أَنْ تَجْزِيَهَا الْوَرَثَةُ » وَلِأَنَّهُ حَيْفٌ فِي الْوَصِيَّةِ لِمَا مَرَّ ، وَلِأَنَّهُ
تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ الْجَمِيعِ عَلَى مَا بَيْنَنَا ، فَإِذَا خَصَّ بِهِ الْبَعْضُ يَتَأَذَّى الْبَاقِي وَيُثِيرُ بَيْنَهُمُ الْحَقْدَ
وَالضَّغَائِنَ وَيَفْضِي إِلَى قَطِيعَةِ الرَّحِمِ ، فَإِذَا أَجَازَهُ بَقِيَّةُ الْوَرَثَةِ عَلِمْنَا أَنَّهُ لَاحِقْدٌ وَلَا ضَغَائِنَ
فَيَجُوزُ ، فَإِنْ أَجَازَ الْبَعْضُ وَرَدَّ الْبَعْضُ جَازَ فِي حَقِّ الْحَيِزِ بِقَدْرِ نَصْبِيهِ ، وَيَبْطُلُ فِي الْبَاقِي
لَوْلَايَتِهِ عَلَى نَفْسِهِ دُونَ غَيْرِهِ . وَأَمَّا الْوَصِيَّةُ لِلْقَاتِلِ فَلَا تَجُوزُ إِذَا وَجَدَ الْقَتْلَ مُبَاشَرَةً عَمْدًا
كَانَ أَوْ خَطَأً . قَالَ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ « لَا وَصِيَّةَ لِقَاتِلٍ » وَكَذَا لَوْ أَوْصَى لِرَجُلٍ فَقَتَلَهُ
تَبْطُلُ الْوَصِيَّةُ لِمَا قُلْنَا لِأَنَّ نَفَاذَ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ ، فَإِذَا أَجَازَتِهَا الْوَرَثَةُ جَازَتْ . وَقَالَ
أَبُو يُونُسَ : لَا تَجُوزُ عَمَلًا بِإِطْلَاقِ الْحَدِيثِ ، وَلِأَنَّهُ إِنَّمَا لَمْ تَجْزِ لِحَنَانَتِهِ وَهِيَ بَاقِيَةٌ . وَلَنَا أَنَّ
الْإِمْتِنَاعَ لِحَقِّ الْوَرَثَةِ لِأَنَّ بَطْلَانَهَا نَفْعٌ يَرْجِعُ إِلَيْهِمْ كِبَطْلَانِهَا لِلْوَارِثِ وَبِمَا زَادَ عَلَى الثُلُثِ ،
فَإِذَا أَجَازُوا ذَلِكَ فَقَدْ أَسْقَطُوا حَقَّهُمْ فَيَسْقُطُ ، وَكُلُّ مَا تَوَقَّفَ عَلَى إِجَازَةِ الْوَرَثَةِ فَاجْزَاهُ

وَلَا تَصِيحُ إِلَّا مِمَّنْ يَبْصِحُ تَبْرَعُهُ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ الثَّلَاثِ ، وَإِنْ كَانَتْ الْوَرَّةُ فَقَرَاءَ لَا يَسْتَغْنُونَ بِنَصِيْبِهِمْ فَتَرَكُهَا أَفْضَلُ ، وَتَصِيحُ لِلْحَمْلِ بِهِ وَيَأْمَهُ دُونَهُ ،

فالوصى له يملكه من جهة الوصى لأن السبب صدر منه ، والإجازة رفع المانع كالمرتهن إذا أجاز بيع الرهن . قال (ولا تصح إلا ممن تصح تبرعه) فلا تصح من الصبي والمجنون والمكاتب والمأذون ، لأن الوصية تبرع محض لا يقابله عمل مالى ولا نفع دنيوى فصار كالهبة وتنجز العتق ؛ وكذلك لو أوصى الصبي والمجنون ثم ماتا بعد البلوغ والإفاقة لعدم الأهلية حالة المباشرة ؛ وكذلك لو قال : إن أدركت فثلثي لفلان وصية لا تصح لعدم أهلية التصرف ، فلا يملكه تنجيها ولا تعليقا كالعتاق والطلاق ؛ وأما العبد والمكاتب إذا أضافاها إلى ما بعد عتقهما لا تصح لأهما أهل لذلك ، وإنما امتنع في الحال لحق المولى ، فإذا زال حق المولى زال المانع فتصح . قال (ويستحب أن ينقص من الثلث) لقوله عليه الصلاة والسلام « والثلاث كثير » أى فى الوصية ، وعن على رضى الله عنه : لأن أوصى بالخمسة أحب إلى من أن أوصى بالربع ، ولأن أوصى بالربع أحب إلى من أوصى بالثلث ، ولأن فيه صلة القريب بتركه حقه لهم ، ولا صلة فيما أوصى بالثلث تاما لأنه استوفى حقه فلا صلة . قال (وإن كانت الورثة فقراء لا يستغنون بنصيبهم فتركها أفضل) لما فيه من الصلة والصدقة عليهم : قال عليه الصلاة والسلام « أفضل الصدقة الصدقة على ذى الرحم الكاشح (١) » وقال عليه الصلاة والسلام « لاصدقة وذو رحم محتاج » وهو كما قال عليه الصلاة والسلام « صدقة وصلة » لأنه فقير فيكون صدقة وقريب فيكون صلة ، وإن كانوا أغنياء أو كانوا يستغنون بميراثهم ، قيل الوصية أولى ، وقيل بخير لأن الوصية صدقة أو مبرة وتركها صلة والكل خير . قال (وتصح للحمل به وبأمه دونه) أما للحمل فلأن الوصية استخلاف للموصى له في المال الموصى به ، والحمل أهل لذلك كما في الميراث والوصية أخته ، إلا أنها تبطل بالرجوع ، لأن الملك إنما يثبت له بعد الموت ، بخلاف الهبة لأنه تمليك للحال ، وليس لأحد نقل الملك عنه فلا ينتقل ؛ ثم إن كان الزوج ميتا ، فإن ولدت لأقل من سنتين وانفصل حيا جازت ، وإن انفصل ميتا لم تجز ، لأنه يحال بالعلوق إلى أبعد الأوقات حملا لأمرها على الصلاح ، ولهذا يثبت تسببه إلى سنتين ؛ وإن كان الزوج حيا فولدته لستة أشهر لا تصح الوصية ، لأن فى الوطاء الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات لأنه لا يتيقن بوجود الحمل وقت الوصية إلا إذا

(١) قوله الكاشح : هو الذى يخفى عداوته ، وإنما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها .

وَيُعْتَبَرُ فِي الْمَالِ وَالْوَرَثَةِ الْمَوْجُودُ عِنْدَ الْمَوْتِ ، وَقَبُولُ الْوَصِيَّةِ بَعْدَ الْمَوْتِ .
وَلِلْمُوصِي أَنْ يَرْجِعَ عَنِ الْوَصِيَّةِ بِالْقَوْلِ وَالْفِعْلِ ، وَفِي الْجُحُودِ خِلَافٌ ؛

ولده لأقل من ستة أشهر . وأما الوصية به فإنما تصح إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر حتى يكون موجودا وقت الوصية ، فإذا كان موجودا صحت الوصية به كالوصية بسائر الموجودات ، ولأن الوصية تصح بالثمرة وهي غير موجودة فلأن تصح بالموجود أولى . وأما الوصية بأمره فإنه لما صح لإفراجه عنها صح لإفراجه عنه ، لأن ما صح لإفراجه بالعقد يصح استثنائه ، ومالا فلا كما في المبيع وغيره ، وهذا لأن اسم الجارية لا يتناول الحمل لكن عند الإطلاق يتبعها ضرورة الاتصال ، فإذا أفردتها نصا صح لأن كل واحد منهما نفس بانفراجه في الأصل . قال (ويعتبر في المال والورثة الموجود عند الموت) حتى لو أوصى بثلث ماله ولا مال له ثم اكتسب مالا ومات أو كان له فذهب أو نقص ، فإن المعتبر ماله حالة الموت ، لأن وقتئذ تنفذ الوصية وينتقل المال إلى ملك الموصي له ، وكذلك الورثة لا اعتبار لمن مات قبله لا بإجازته ولا برده لأن المال إنما ينتقل إليهم بعد الموت فلا اعتبار بغير المالك . قال (وقبول الوصية بعد الموت) حتى لو أجازها قبله أو ردّها فليس بشيء ، لأن حكمه وهو ثبوت الملك إنما يثبت بعد الموت فلا اعتبار بما يوجد قبله كما إذا وجد قبل العقد وهو إنما يملكه بالقبول لأنه تملك بعقد فيتوقف على القبول كغيره من العقود ، بخلاف الميراث لأنه خلافة عن الميت حتى يثبت للوارث خيار العيب دون الموصي له ويثبت جبرا شرعا من غير قبول ، ولأنه لو ملك الموصي به من غير قبول كان للموصي إلزامه الملك بغير اختياره ، ولا ذلك إلا لمن له عليه ولاية ، ولا ولاية له عليه ، ولأنه لو جاز ذلك لأوصى له بما يضره مثل ما إذا علق طلاقه بملكه وأنه لا يجوز وإذا كان القبول شرطا لا يملكه الموصي له إلا بالقبول إلا أن يموت الموصي له بعد الموصي قبل القبول فتملكها الورثة ، والقياس بطلان الوصية لما بينا ، إلا أننا استحسنا وقلنا يملكها الورثة ، لأن الوصية تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ من جهته ، والتوقف لحق الموصي له دفعا لضرر لحقوق المنة ولا يلحقه بعد الموت فنفذت الوصية ضرورة تعذر الرد كما إذا مات المشتري والخيار له قبل الإجازة ، فإن المبيع يدخل في ملكه كذا هذا . قال (وللموصي أن يرجع عن الوصية بالقول والفعل ، وفي الجحود خلاف) أما جواز الرجوع فلا أنه تبرع لم يتم ، لأن تمامه بالموت والقبول على ما بينا ، فيجوز الرجوع قبل التمام ، لأنه لو لزم قبل تمامه لم يكن تبرعا ، والرجوع بالقول قوله : رجعت عن الوصية أو أبطلتها ونحو ذلك ، والرجوع بالفعل مثل أن يفعل فعلا يزيل ملكه عن الموصي به كالبيع والهبة ، لأنه إذا زال ملكه بطلت الوصية ، لأن الوصية إنما تنفذ في ملكه ،

وإذا قبِلَ الموصي له الوصية ثم ردّها في وجه الموصي فهو ردّ، وإن ردّها في غير وجهه فليس يردّ، فإن كان عاجزاً ضمّ إليه القاضي آخر، وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل به،

وسواء عاد إلى ملكه أولاً، وكذا إذا فعل فعلاً لو فعله الغاصب ينقطع به حق المالك كان رجوعاً، وكذلك فعل يكون استهلاكاً من كل وجه وقد عرف تمامه في الغصب، وكذا إذا فعل ما يزيد به العين الموصى بها كالبناء والصبغ والسمن في السويق والحشو بالقطن وخياطة الظهارة على البطانة وبالعكس ونحوه لأنه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة، ولا سبيل إلى نقصانها لحصولها بفعل المالك في ملكه، وذبح الشاة رجوع لأنه لحاجته عادة فلا يبقى إلى وقت الموت. وأما الجحود فهو رجوع عند أبي يوسف خلافاً لحمد، لأن الجحود نفي في الماضي، وانتفاؤه في الحال للضرورة، فإذا كان ثابتاً في الحال كان الجحود لغواً. ولأبي يوسف أن الرجوع نفي في الحال، والجحود نفي في الماضي والحال فأولى أن يكون رجوعاً، ومن الرجوع قوله: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان آخر، أو أوصيت به لفلان، لأن هذا يدل على قطع الشركة، ولو كان فلان الآخر ميتاً لا يكون رجوعاً، لأن الأولى إنما بطلت ضرورة صحة الثانية ولم تصح، ولو كان حياً ثم مات قبل الموصي بطلت الأولى لصحة الثانية وبطلت الثانية بالموت، ولو أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر فهو بينهما، وليس برجوع لأنه يحتمل الشركة، واللفظ غير قاطع لها بل صالح فيثبت لهما. قال (وإذا قبل الموصي له الوصية ثم ردّها في وجه الموصي فهو ردّ، لأنه ليس له إلزامه بغير اختياره (وإن ردّها في غير وجهه فليس يردّ) لما فيه من خيانة الميت وغروره، فإن الموصي مات معتمداً عليه واثقاً بخلافته بعده في أموره وتركته فلا يجوز ردّه، بخلاف الوكيل حيث له الرجوع، لأن الموكل حتى يقدر على التصرف بنفسه، وعلى أن يوكل غيره فافترقا، وإن لم يقبلها ولم يردّها حتى مات الموصي فهو بالخيار إن شاء قبل، وإن شاء لم يقبل، لأن الموصي ليس له إلزامه فيخير، ثم القبول كما يكون بالقول يكون بالفعل لأنه دلالة عليه، وذلك مثل أن يبيع شيئاً من التركة بعد موت الموصي وينفذ البيع لصدوره من الأهل عن ولاية، وكذا إذا اشترى شيئاً يصلح للورثة أو قضى مالا أو اقتضاه لزمته الوصية، وسواء علم بالوصية أو لم يعلم لأنها خلافة، ألا ترى أنها إنما تثبت حال انقطاع ولاية الموصي فتنقل الولاية إليه فلا يحتاج إلى العلم ولا يتوقف عليه كالإرث. قال (فإن كان عاجزاً ضمّ إليه القاضي آخر، وإن كان عبداً أو كافراً أو فاسقاً استبدل به).

اعلم أن الأوصياء ثلاثة: أمين قادر على القيام بما أوصى إليه، فانه يقرّر وليس للقاضي

وَأَن أَوْصَى إِلَى عَبْدِهِ فِي الْوَرْتَةِ كِبَارٌ لَمْ تَصِحَّ ، وَإِنْ كَانُوا صِغَارًا جَازَتْ (س) ،
وَلَيْسَ لِأَحَدِ الْوَصِيِّينَ أَنْ يَتَصَرَّفَ دُونَ صَاحِبِهِ (س) ،

عزله لأن مقصود الموصى القيام بأموره وما أوصى إليه به ، فإذا حصل فتغيره إبطال لقصده فلا يجوز . وأمين عاجز فالقاضي يضم إليه من يعينه ، لأن الوصية إليه صحيحة لا يجوز إبطالها ، إلا أن في انفراده نوع خلل ببعض المقصود لعجزه فيضم إليه آخر تكميلاً للمقصود . وفاسق أو كافر أو عبد فيجب عزله وإقامة غيره لأنه لا تصح نيابته ، لأن الميت إنما أوصى إليه معتمداً على رأيه وأمانته وكفائته في تصرفاته وهؤلاء ليسوا كذلك . أما الفاسق فلا تهايمه بالحياة ، وأما الكافر فللعداوة الدينية الباعثة له على ترك النظر للمسلم ، وأما العبد فلتوقف تصرفه على إجازة مولاه وتمكنه من حجره بعد ذلك فيخرجهم القاضي ويقيم من يقوم بمصالح الميت ، لأن القاضي نصب ناظراً للمسلمين ، ألا يرى أنه لو لم يوص إلى أحد فالقاضي أن يقيم وصياً كذا هذا . قال (وإن أوصى إلى عبده وفي الورثة كبار لم تصح) لأن للكبير بيعه أو بيع نصيبه فيعجز عن الوصية لأن المشتري يمنعه فلا تحصل فائدة الوصية (وإن كانوا صغاراً جازت) وقالوا : لا يجوز وهو القياس لأن الرق ينافي الولاية ، وفيه إثبات ولاية المملوك على المالك ، وهو قلب المشروع وعكس الموضوع . ولأبي حنيفة أنه أهل للولاية مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلاً للوصية ، ولا ولاية عليه لأنهم لا يملكون بيعه وإن كانوا ملاكاً ، وليس لهم منعه ولا منافاة وصار كالمكاتب ، وإن أوصى إلى صبي أو عبد أو كافر فلم يخرجهم القاضي حتى بلغ أو اعتق أو أسلم ، فالوصية ماضية لزوال الموجب من العزل ، إلا أن يكون غير أمين لما بينا ، وإن أوصى إلى مكاتبه جاز لوجود الأهلية والقدرة على إنفاذ الوصية ، فإن أدّى عتق وهو على وصيته ، وإن عجز ردّ في الرق فحكمه حكم العبد ، وقد بيناه . قال (وليس لأحد الوصيين أن يتصرف دون صاحبه) وقال أبو يوسف : لكل واحد منهما أن ينفرد بالتصرف في جميع الأشياء ، لأن الوصية خلافة ، وذلك إنما يكون إذا ثبت للخليفة مثل ما كان للمستخلف . ولهما أن الموصى ما رضى إلا برأيهما ، وهذا لأن الولاية إنما تثبت بتفويضه فإعراى وصفه وهو الاجتماع ، وفي اجتماع رأيهما مصلحة فيتقيد به لأنه شرط مفيد ، بخلاف الأشياء المستثناة لأنها ضروريات ، والضروريات مستثناة وهي تجهيز الميت ومثونة الصغار من طعامهم وكسوتهم والخصومة وردّ الوديعة والمغصوب وقضاء الديون وعتق عبد بعينه وتنفيذ وصية بعينها ؛ أما تجهيز الميت لأن في تأخيرها فساداً حتى كان للجار فعله ، وكذا مثونة الصغار لأنه يخاف عليهم جوعاً وعرياً ، والخصومة لا يمكن الاجتماع عليها وباقي الصور الاجتماع والانفراد فيه سواء لأنها لا تحتاج إلى الرأي ، وكذا ردّ المشتري شراء فاسداً

وَلَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا أَقَامَ الْقَاضِي مَكَانَهُ آخَرَ ، وَإِذَا أَوْصَى الْوَصِيُّ إِلَى آخَرَ فَهُوَ
وَصِيٌّ فِي التَّرَكُّتَيْنِ . وَيَجُوزُ لِلْوَصِيِّ أَنْ يَحْتَالَ بِمَالِ الْيَتِيمِ إِنْ كَانَ أَجُودَ ،
وَيَجُوزُ بَيْعُهُ وَشِرَاؤُهُ (سَم) لِنَفْسِهِ إِنْ كَانَ فِيهِ نَفْعٌ لِلصَّبِيِّ ، وَلَيْسَ
لِلرَّصِيِّ أَنْ يَقْتَرِضَ مَالَ الْيَتِيمِ ، وَلِلْأَبِ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ لِهَمَا إِقْرَاضُهُ ،
وَلِلْقَاضِي ذَلِكَ ،

وحفظ الأموال وقبول الهبة ، لأن في التأخير خوف الفتنة ، وكذلك جميع الأموال الضائعة
وقبول ما يخشى عليه التلف . قال (ولومات أحدهما أقام القاضي مكانه آخر) أما عندهما
فظاهر لأن الواحد لا ينفرد بالتصرف عندهما . وأما عند أبي يوسف فلأن الواحد وإن كان
يملك التصرف لكن الموصى قصد أن يخلفه اثنان في حقوقه ، وقد أمكن تحقيق قصده بنصب
وصي آخر فينصب ، ولو أن الوصي الميت أوصى إلى الثاني فله التصرف وحده كما إذا
أوصى إلى آخر لأن رأيه باق حكما برأى وصيه ، ولهذا جاز أن بوكله حال حياته في التصرف
في مال الميت فكذا الوصية . وعن أبي حنيفة ليس له ذلك ، لأن الموصى ما رضى بتصرفه
وحده ، بخلاف ما إذا أوصى إلى آخر ، لأن مقصوده حصل برأى المثنى . قال (وإذا
أوصى الوصي إلى آخر فهو وصي في التركتين) تركته وتركه الميت الأول لأنه يتصرف
بولاية مستقلة فيملك الإيصاء إلى غيره كالجدة ، لأن الولاية كانت ثابتة للموصى ثم انتقلت
إلى الوصي في المال ، وإلى الجدة في النفس ، والجدة قام مقام الأب في ولاية النفس فكذا
الوصي في ولاية المال ، لأن الإيصاء إقامة غيره مقامه ، وعند الموت كانت ولايته ثابتة
في التركتين فكذا الوصي تحقيقا للاستخلاف ، وكذلك لو أوصى إلى رجل في تركته نفسه
وقد حضرته الوفاة يصير وصيا في التركتين في ظاهر الرواية ، لأن تركته موصيه تركته
لأن له ولاية التصرف فيها ، وروى عنهما أنه يقتصر على تركته لأنه نص عليها وجوابه
ما مر . قال (ويجوز للوصي أن يحتال بمال اليتيم إن كان أجود) بأن كان أملاً أو أيسر
قضاء وأعجل وفاء لأنه أنظر لليتيم والولاية نظرية ولهذا لا يجوز بيعه وشراؤه بما لا يتغابن
إذ لا نظر له فيه ، بخلاف الغبن اليسير لأنه لا يمكن الاحتراز عنه ، ففي اعتباره سد باب
التصرفات . قال (ويجوز بيعه وشراؤه لنفسه إن كان فيه نفع للصبي) بأن اشترى بأكثر
من القيمة أو باعه بأقل منها ، وقالوا : لا يجوز قياساً على الوكيل . وله أنه قربان مال اليتيم
بالتي هي أحسن فيجوز بالنص وصار كالأب . قال (وليس للوصي أن يقترض مال اليتيم
وللأب ذلك) لأن الأب يملك شراء مال الصبي بمثل قيمته ، ولا كذلك الوصي ، وكذلك
الأب له أن يأخذ من مال الصبي عند حاجته بقدر حاجته ، ولا كذلك الوصي (وليس
لهما إقراضه ، وللقاضي ذلك) لأن القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء ، فجعل معاوضة

وَالْوَصِيُّ أَحَقُّ بِمَالِ الْيَتِيمِ مِنَ الْجَدِّ ، وَشَهَادَةُ الْوَصِيِّ لِلْمَيِّتِ لَا تَجُوزُ ، وَعَلَى الْمَيِّتِ تَجُوزُ ، وَتَجُوزُ لِلْوَرِثَةِ إِنْ كَانُوا كِبَارًا ، وَلَا تَجُوزُ إِنْ كَانُوا صِغَارًا (سم)

في القاضى لقدرته على الاستخلاص بواسطة الحبس وغيره تبرّعا في حق غيره لعجزه نظرا واحتياطا في مال اليتيم . قال (والوصى أحق بمال اليتيم من الجد) لأنه انتقلت إليه ولاية الأب بالإيصاء إليه ، فكانت ولاية الأب قائمة حكما ، ولأن اختياره الوصى مع علمه بالجد دليل أن تصرفه أنظر من تصرف الجد فكان أولى ، فان لم يوص الأب فالولاية للجد لأنه أقرب إليه وأشفق على بنيه فانتقلت الولاية إليه ، ولهذا ملك النكاح مع وجود الوصى ، وإنما يقدم الوصى في المال لما بينا ، ووصى الجد كوصى الأب ، لأن الجد بمنزلة الأب عند عدمه فكذا وصيه . قال (وشهادة الوصى للميت لا تجوز) لأنه ثبت لنفسه ولاية القبض (وعلى الميت تجوز) إذ لا تهمة في ذلك (وتجاوز للورثة إن كانوا كبارا ولا تجوز إن كانوا صغارا) أما الشهادة للكبار ، قال أبو حنيفة : إن كانت في مال الميت لا تجوز وفي غيره تجوز . وقال : تجوز في الوجهين لأنه لا ولاية لهما عليه فلا يثبتان لأنفسهما ولاية التصرف فلا تهمة ، بخلاف الصغار لأنهما يثبتان لهما ولاية التصرف في المشهود به . ولأن حنيفة أنهما يثبتان لهما ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول عند غيبة الوارث فتحقق التهمة بخلاف ما إذا شهدا في غير التركة لأنه لا ولاية لهما في غيرها . وأما الشهادة للصغار فلا تجوز بحال للتهمة على ما بينا ، وإن أوصى إلى رجل إلى أن يقدم فلان فاذا قدم فهو الوصى أو إلى أن يدرك ولدى فهو كما قال ، لأنها في معنى الوكالة ، ولأن الوصية مؤقتة شرعا ببلوغ الأيتام أو إيناس الرشد ، فجاز أن تكون مؤقتة شرطا ، ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده ، والوصى في نوع يكون وصيا في جميع الأنواع ، لأنه لولا ذلك لاحتجنا إلى نصب آخر ، والموصى قد اختار هذا وصيا في بعض أموره فجعله وصيا في الكل أولى من غيره لأنه رضى بتصرف هذا في البعض ولم يرض بتصرف غيره في شيء أصلا ، وإذا ادعى الوصى ديناً على الميت ولا بينة له أخرجه القاضى من الوصية لأنه يستحل أخذ مال اليتيم ، وقيل إن ادعى شيئا بعينه أخرجه وإلا فلا ، واختار أن يقول له القاضى : إما أن تقيم البينة وتستوفى أو تبرئه وإلا أخرجتك من الوصية ، فان أبرأه وإلا أخرجه وأقام غيره ، وللوصى أن يدفع المال مضاربة ويعمل فيه هو مضاربة ، لأنه قائم مقام الأب ، وللاب هذه التصرفات فكذا الوصى ، فان عمل بنفسه أشهد على ذلك ، لأن له أن يتجر في مال الصغير ، قال عليه الصلاة والسلام « ابتغوا في مال اليتامى خيرا » فاذا أراد أن يستوجب طائفة من المال لنفسه بالمضاربة احتاج إلى الإشهاد نفيا للتهمة . وعن محمد إن لم يشهد فما عمله للورثة لأنه هو الظاهر فلا يترك إلا بدليل وهو الإشهاد ، وللوصى

وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ وَيَغْلَتِيهِمَا أَبَدًا وَمُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ ، فَإِنْ خَرَجَا مِنْ الثَّلَاثِ اسْتَعْدَمَ وَسَكَنَ وَاسْتَغْلَى ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمَا خَدَمَ الْوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالْمَوْصَى لَهُ يَوْمًا ، فَإِنْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ ،

أَنْ يَأْكُلَ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ إِذَا كَانَ مُحْتَاجًا ، وَيَرْكَبُ دَابَّتَهُ إِذَا ذَهَبَ فِي حَاجَتِهِ ، قَالَ تَعَالَى - وَمَنْ كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ - . وَرَوَى عَنْ أَبِي يُوسُفَ لَوْ طَمَعَ السُّلْطَانُ فِي مَالِ الْيَتِيمِ فَصَالَحَهُ الْوَصِيَّ مِنْ مَالِ الْيَتِيمِ عَلَى أَقَلِّ مِمَّا طَمَعَ لَمْ يَضْمَنْ لِأَنَّهُ مَأْمُورٌ بِحِفْظِ مَالِ الْيَتِيمِ مَا أَمَكَّنَهُ وَقَدْ أَمَكَّنَهُ هَذَا الطَّرِيقُ .

فصل

(وَتَجُوزُ الْوَصِيَّةُ بِخِدْمَةِ عَبْدِهِ وَسُكْنَى دَارِهِ وَبَغْلَتِيهِمَا أَبَدًا وَمُدَّةٌ مَعْلُومَةٌ) لِأَنَّ الْمَنَافِعَ يَصِحُّ تَمْلِكُهَا حَالِ الْحَيَاةِ بَعُوضٌ وَغَيْرُ بَعُوضٍ ، فَكَذَا بَعْدَ الْمَمَاتِ لِلْحَاجَةِ إِلَى ذَلِكَ كَالْأَعْيَانِ ؛ ثُمَّ إِنْ الْمَوْصَى لَهُ يَتَمَلَّكُهَا عَلَى مَلِكِ الْمَوْصَى كَمَا قُلْنَا فِي الْوَقْفِ ، وَتَجُوزُ مُؤَقَّتًا وَمُؤَبَّدًا كَمَا فِي الْإِعَارَةِ وَالْإِجَارَةِ لِأَنَّهَا تَمْلِكُ . قَالَ (فَإِنْ خَرَجَا مِنْ الثَّلَاثِ اسْتَعْدَمَ وَسَكَنَ وَاسْتَغْلَى) لِأَنَّ الثَّلَاثَ حَقُّ الْمَوْصَى فَلَا تَزَاحِمُهُ الْوَرَثَةُ فِيهِ ، وَهَذَا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ بِالْمَنْفَعَةِ تَمْلِكُ الرِّقَبَةَ فِي حَقِّ مَلِكِ الْمَنْفَعَةِ ، لِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُهُ الْإِنْتِفَاعُ بِالْعَيْنِ إِلَّا بِصَيُورِهِ أَحْصَى بِمَلِكِ الرِّقَبَةِ كَالْإِجَارَةِ فَكَانَتْ وَصِيَّةً بِمَلِكِ الرِّقَبَةِ فِي حَقِّ الْإِنْتِفَاعِ لَامْطَلَقًا (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُؤَاجِرَهُمَا) لِأَنَّهُ مَلِكُ الْمَنْفَعَةِ بِغَيْرِ بَعُوضٍ فَلَا يَمْلِكُ تَمْلِكُهَا بِبَعُوضٍ كَالْعَارِيَةِ ، هَذَا لِأَنَّ التَّمْلِكَ بِبَعُوضٍ أَقْوَى وَالْأَرْزَمُ ، وَالْأَضْعَفُ لَا يَتَنَاوَلُ الْأَقْوَى . قَالَ (وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ غَيْرُهُمَا خَدَمَ الْوَرَثَةَ يَوْمَيْنِ وَالْمَوْصَى لَهُ يَوْمًا) لِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُهُ أَنْ يَخْدُمَهُمْ جَمْلَةً وَاحِدَةً ، فَالْمَهَابَةُ فِيهِ تَقَعُ عَلَى الْأَيَّامِ كَمَا ذَكَرْنَا لِأَنَّ حَقَّهُ فِي الثَّلَاثِ وَحَقَّهُمْ فِي الثَّلَاثِينَ كَالْوَصِيَّةِ بِالْعَيْنِ ، وَهَذَا لِأَنَّهُ لَا يَمْكُنُ مَنَعَ الْجَمِيعِ عَنِ الْوَرَثَةِ كَمَا لَا يَمْلِكُ الْوَصِيَّةُ بِجَمِيعِ الْعَيْنِ ؛ وَإِذَا تَقَرَّرَتِ الْوَصِيَّةُ بِالثَّلَاثِ وَجِبَتْ الْمَهَابَةُ بِالْخَصَصِ كَمَا قُلْنَا . قَالُوا : وَالْأَعْدَلُ فِي الدَّارِ أَنْ تَقْسَمَ أَثْلَاثًا تَسْكُنُ الْوَرَثَةُ الثَّلَاثِينَ وَالْمَوْصَى لَهُ الثَّلَاثَ ، لِأَنَّ فِيهِ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا فِي الْإِنْتِفَاعِ زَمَانًا وَذَاتًا ، وَفِي الْمَهَابَةِ ذَاتًا لِأَنَّهَا لَا يَخْلُفُ الْعَبْدُ فَإِنَّهُ لَا يَتَجَزَّى فَلَا يَمْكُنُ قِسْمَتُهُ فَتُعَيِّتُ الْمَهَابَةُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ آخَرُ لَكِنْ لَا يَخْرُجُ مِنَ الثَّلَاثِ فَعَلَى هَذَا الْإِعْتِبَارِ يَخْدُمُ الْمَوْصَى لَهُ عَلَى قَدْرِ ثُلُثِ التَّرَكَةِ وَالبَاقِي لِلْوَرَثَةِ مِثَالُهُ : إِذَا كَانَ الْعَبْدُ نِصْفَ التَّرَكَةِ فَإِنَّهُ يَخْدُمُ الْمَوْصَى لَهُ يَوْمَيْنِ وَالْوَرَثَةُ يَوْمًا ، لِأَنَّ ثُلْثِي الْعَبْدِ ثُلُثُ التَّرَكَةِ فَصَارَ الْمَوْصَى بِهِ ثُلْثِي الْعَبْدِ وَثُلْثُهُ لِلْوَرَثَةِ فَيَقْسَمُ كَمَا ذَكَرْنَا ، وَعَلَى هَذَا الْإِعْتِبَارِ تَخْرُجُ بَقِيَّةُ مَسَائِلِهِ . قَالَ (فَإِنْ مَاتَ الْمَوْصَى لَهُ عَادَ إِلَى الْوَرَثَةِ) لِأَنَّ الْمَوْصَى لَهُ اسْتَوْفَى مَا أَوْصَى لَهُ بِهِ مِنَ الْمَنَافِعِ عَلَى مَلِكِ الْمَوْصَى كَمَا بَيَّنَّا ، فَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى وَرَثَتِهِ كَانَ

وَمَنْ أَوْصَى بِشُمْرَةِ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الثَّمَرَةُ الْمَوْجُودَةُ عِنْدَ مَوْتِهِ ، وَإِنْ قَالَ :
أَبَدًا ، فَلَهُ ثَمَرَتُهُ مَاعَاشَ ؛ وَلَوْ أَوْصَى بِغُلَّةٍ بُسْتَانِهِ فَلَهُ الْحَاضِرَةُ وَالْمُسْتَبَقَةُ بِلَا
وَإِنْ أَوْصَى بِصُوفٍ غَنَمِهِ أَوْ بِأَوْلَادِهَا أَوْ بِبَنَاتِهَا فَلَهُ الْمَوْجُودُ عِنْدَ مَوْتِهِ ،
قَالَ أَبَدًا أَوْ لَمْ يَقُلْ ،

ابتداء استحقاق من غير رضى فلا يجوز ، وإذا كانت على ملك الموصى تنتقل إلى ورثته
كسائر أمواله ؛ ولو أوصى بغلتهما فاستخدم بنفسه وسكن ، قيل يجوز لاستواء الغلة والمنفعة
في المقصود ، وقيل لا يجوز وهو الأصح لأن الغلة دراهم أو دنانير والوصية بهما حصلت
وهو استوفى المنافع ، وهما غير متفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر على الموصى دين
أمكنهم استرداد الغلة وإيفاء الدين ، ولا يمكنهم استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا
أولى ، وليس للورثة بيع الثلثين . وعن أبي يوسف جوازه لأنه خالص حقهم . وجه الظاهر
أن حق الموصى له ثابت في سكنى الجميع لو ظهر له مال آخر تخرج الدار من الثلث وله
حق المزاحمة في الثلثين لو خرب الثلث الذى في يده ، والبيع يبطل ذلك فيمنعون عنه . ولو
أوصى لرجل بخدمة عبده ولآخر برفقته وهو يخرج من الثلث فهو كما أوصى لأنه أوجب
لكل واحد منهما شيئاً معلوماً حيث عطف أحدهما على الآخر فصار كحالة الأفراد وحكم
الموصى له بالرقبة مع صاحب الخدمة كالوارث مع صاحب الخدمة . قال (ومن أوصى
بشمرة بستانه فله الثمرة الموجودة عند موته ، وإن قال أبداً فله ثمرته ماعاش ، ولو أوصى
بغلة بستانه فله الحاضرة والمستقبل) لأن الثمرة اسم للموجود عرفاً فلا ينتظم المعدوم إلا
بدليل آخر ، وقوله أبداً صريح في إرادته فينتظمه ، إذ لو لم ينتظمه لم يبق للتأييد فائدة . أما
الغلة فينتظم الموجود وما سيوجد مرة بعد أخرى عرفاً ، يقال فلان يأكل من غلة بستانه
وأرضه وداره ، ويراد به الموجود وما سيوجد عرفاً فافترقا . قال (وإن أوصى بصوف
غنمه أو بأولادها أو ببنتها فله الموجود عند موته ، قال أبداً أو لم يقل) لأن الوصية تملك
عند الموت على ما عرف فيعتبر وجوده عند ذلك ، وهذا لأن القياس بأبى تملك المعدوم
لعدم قبوله لذلك ، إلا أن الشرع ورد بورود العقد على الغلة والثمرات المعدومة في المساقاة
والإجارة فقلنا بجوازه في الوصية أيضاً بالقياس ، وبل أولى لأن باب الوصية أوسع ، أما
الولد والصوف واللبن لم يرد فيها شيء في المعدوم وإنما ورد في الموجود تبعاً في عقد البيع
ومقصوداً في الخلع فكذا في الوصية يجوز في الموجود دون المعدوم اتباعاً لمورد الشرع ،
ولو أوصى بغلة عبده وغلة داره في المساكين جاز ، وبسكنى داره أو بخدمة عبده لهم لا يجوز
إلا لواحد بعينه ، لأنه لا يمكن سكنى الدار واستخدام العبد إلا بالمرمة والنفقة ، ولا يمكن
التقضاء على واحد منهم فتعذر تنفيذ الوصية فبطلت . أما الغلة يمكن ترميم الدار والنفقة

وَالْعِتْقُ فِي الْمَرَضِ ، وَالْهَبَةِ وَالْمَحَابَةِ وَصِيَّةٌ ، وَالْمَحَابَةُ إِنْ تَقَدَّمَتْ عَلَى الْعِتْقِ فَهِيَ أُولَى ، وَإِنْ تَأَخَّرَتْ شَارَكَتْهُ (سم) ؛ وَمَنْ أَوْصَى بِمُحَقِّقٍ لِلَّهِ تَعَالَى قُدِّمَتْ الْفَرَائِضُ ،

على العبد من الغلة فوجب تنفيذها . قال (والعق في المرض والهبة والمحابة وصية) تعتبر من الثلث لأنها تبرعات في المرض بما تعلق به حقّ الورثة فتعتبر من الثلث لما بينا . قال (والمحابة إن تقدمت على العتق فهي أولى ، وإن تأخرت شاركتها) وقالوا : العتق أولى كيف كان . وصورة المحابة : أن يبيع المريض ما يساوي مائة بخمسين ، أو يشتري ما يساوي خمسين بمائة فالزائد على قيمة المثل في الشراء والناقص في البيع محابة وهي كالهبة في المرض فاعتبرت وصية . وفيه أربع مسائل : إحداهما أن يحابي ثم يعتق . والثانية أن يعتق ثم يحابي . والثالثة أن يعتق ثم يحابي ثم يعتق . والرابعة أن يحابي ثم يعتق ثم يحابي . فان خرج الكلّ من الثلث نفذت ولا كلام فيها ولا خلاف ، وإن لم يخرج من الثلث ، ففي المسألة الأولى تنفذ المحابة ، فان فصل شيء فللعق ، وقالوا بالعكس ؛ وفي المسألة الثانية يشتركان ، وقالوا : ينفذ العتق فان فصل شيء فللمحابة ؛ وفي الثالثة يصرف نصف الثلث للمحابة لأنها تشارك العتق الأول عنده ، ثم ما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين الآخر نصفين ؛ وفي الرابعة الثالث بين المحابطين لاستوائهما ، ثم ما أصاب الثانية قسم بينها وبين العتق لتقدمه عليها فيشاركها ، وقالوا : العتق أولى بكل حال . لهما أن العتق لا يلحقه الفسخ ويلحق المحابة فكان أولى . والتقدم في الذكر لا يوجب التقدم في الثبوت فلا اعتبار به . وفي أثر ابن عمر رضي الله عنهما إذا كان في الوصايا عتق بدئي به . ولأبي حنيفة أن المحابة أقوى لأنها ثبتت في ضمن عقد المعارضة فكان تبرعا معنى لاصورة ، والإعتاق تبرع صورة ومعنى ، والمعاوضات أقوى من التبرعات ، فاذا وجدت المحابة أولا وهي أقوى لا يزاحمها الأضعف بعدها لقوته وسبقه ، إلا أن العتق إذا تقدم وهو لا يفضل النقض تعارضا فيستويان فيشتركان . قال زفر : ما بدأ به الموصي منهما فهو أولى لأن بدايته دليل أن اهتمامه به أكثر فكان غرضه تقدمه فيتبع غرضه ، وجوابه ما تقدم . ولومات وترك عبدا فقال للوارث : أعطني أبوك ، وقال آخر : لي على أهلك ألف درهم ، فقال صدقنا سعى العبد في قيمته ؛ وقالوا : يعتق من غير سعاية . لأن العتق والدين ظهرا معا في الصحة بتصدق الوارث بكلام واحد . والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان على المعتق دين . وله أن الدين أقوى لأنه يعتبر من جميع المال ، والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من ثلث المال . وكان ينبغي أن يبطل العتق إلا أنه لا يبطل بعد وقوعه فأبطلناه معنى بإيجاب السعاية . قال (ومن أوصى بمحقوق الله تعالى قدمت الفرائض) لأنها أهم من النوافل ، لأن الفرائض تخرجه عن العهدة ، والنوافل

وَلَا تَسَاوَتْ قُدَمَ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي إِنْ ضَاقَ الثَّلَاثُ عَنْهَا ، وَمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ يُقَدَّمُ مَا قَدَّمَهُ الْمُوصِي .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ مَالِهِ لِرَجُلٍ وَآخَرَ بِسُدُسِهِ فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا أَثْلَاثًا ، وَلَوْ أَوْصَى لَهُ بِثُلْثَيْهِ وَآخَرَ بِثُلْثَيْهِ أَوْ بِنِصْفَيْهِ أَوْ بِجَمِيعِهِ (سم) فَالْثُلْثُ بَيْنَهُمَا نِصْفَانِ ، وَلَا يَضْرِبُ (سم) الْمُوصِي لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ إِلَّا فِي الْمُحَابَاةِ وَالسَّعَايَةِ وَالِدَّرَاهِمِ الْمُرْسَلَةِ ،

تحصل له زيادة الثواب ، والأول أولى ، فالظاهر أنه أراد الأهم والأولى (وإن تساوت) بأن كان الكل فرائض (قدم ما قدمه الموصي إن ضاق الثلث عنها) لأن الظاهر أنه بدأ بالأهم ، وقيل يبدأ بالحج ثم بالزكاة لأنه يؤدى بالمال والنفس ، وقيل بالزكاة ثم بالحج لأنه تعلق بها حق العباد فكانت أولى ، ثم بعدهما الكفارات لأنها أقوى منها في الفرضية والوعيد على الترك ، ثم صدقة الفطر بعد الكفارات ، لأن الكفارات عرف وجوبها بالقرآن وصدقة الفطر بالسنة ، ثم الأضحية لأن صدقة الفطر مجمع على وجوبها والأضحية مختلف فيها (وما ليس بواجب يقدم ما قدمه الموصي) لما مر .

فصل

(ومن أوصى بثُلث ماله لرجل وآخر بسدسه فالثلث بينهما أثلاثا) لأن الثلث ضعف السدس ، فقد أوصى لأحدهما بسهمين وللآخر بسهم (ولو أوصى له بثلثه وآخر بثلثه أو بنصفه أو بجميعه فالثلث بينهما نصفان) وهذا كله إذا لم تجز الورثة . أما الأولى فبالإجماع لاستوائهما في قدر الوصية والثلث لا يتسع لهما فيستويان فيه . وأما الثانية والثالثة فذهب أبي حنيفة (ولا يضرب الموصي له وبما زاد على الثلث) عنده (إلا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) وقالوا : يضرب لكل واحد بقدر ما أوصى له كما إذا أجازت الورثة ، فإنه يقسم الكل على قدر ما أوصى لهما كذلك ههنا ، فيقسم الثلث عندهما في المسألة الثانية على خمسة ، ثلثه للموصي له بالنصف ، وسهمان للموصي له بالثلث . وفي المسألة الثالثة على أربعة : ثلاثة للموصي له بالجميع ، وسهم لصاحب الثلث ، وهذا لأن الموصي قصد تفضيل البعض في الوصية فوجب اعتباره ما أمكن ، وقد أمكن بطريق الضرب كما ذكرنا ، ولا ضرر على الورثة في ذلك فيصير إليه . وله أن الوصية فيما زاد على الثلث باطنة في حق الاستحقاق عند عدم الإجازة لكونها وصية بما لا يستحقه فبطل حق الضرب ضرورة عدم الاستحقاق ، وإنما قصد التفضيل بناء على الاستحقاق والإجازة بدليل إضافته الوصية

وَأَنْ أَوْصَى بِسَهْمٍ مِنْ مَالِهِ فَلَهُ السُّدُسُ (سم) ، وَلَوْ أَوْصَى بِجُزْءٍ أَعْطَاهُ الْوَارِثُ مَا شَاءَ ، وَلَوْ أَوْصَى بِمِثْلِ نَصِيبِ ابْنِهِ وَلَهُ ابْنَانِ فَلَهُ الثُّلُثُ ؛

إلى جميع المال وقد بطل الاستحقاق والإجازة فيبطل التفضيل ، كالحاباة الثابتة في ضمن البيع إذا بطل البيع تبطل الحاباة ، بخلاف الفصول الثلاثة ، لأن الوصية بالألف المرسلة والحاباة لم تقع على حقّ الورثة قطعا لجواز نفاذها بأن يظهر له مال فتخرج من ثلثه بدون الإجازة ، والوصية بالعتق وصية بالسعاية ، وهى كاللإهم المرسلة ، بخلاف ما زاد على الثلث لأنه حقّ الورثة وإن كثرت التركة . ومن أوصى لرجل بثلث ماله إلا شيئا أو إلا قليلا فله نصف الثلث يقيين وبيان الزيادة عليه إلى الورثة لأنها مجهولة . قال (وإن أوصى بسهم من ماله فله السدس) عند أبي حنيفة في رواية الجامع الصغير فانه قال فيه : له أخسّ سهام الورثة إلا أن ينقص من السدس فيتمّ له السدس ولا يزداد عليه فكان حاصله أن له السدس . وعلى رواية كتاب الوصايا : له أخسّ سهام الورثة ما لم يزد على السدس . وقالوا : له أخسّ السهام إلا أن يزيد على الثلث فيكون له الثلث . لهما أن السهم اسم لما يستحقه الورثة عرفا وشرعا ، وأقلّ السهام متيقن ، وما زاد عليه مشكوك ، ولا يزداد على الثلث لأن الثلث موضع الوصية عند عدم الإجازة . وله ما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن رجلا أوصى بسهم من ماله ، فقضى رسول الله عليه الصلاة والسلام في ذلك بالسدس ، ولأن السهم يذكر ويراد به السدس لغة . قال إياس : السهم في اللغة السدس ، ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الأقلّ منهما احتياطا . فلو مات وترك امرأة وابنا فللموصى له الثمن على رواية كتاب الوصايا فيزداد على ثمانية فيكون له تسع ، وفي رواية الجامع له السدس . ولو ترك امرأة وأخا لأبوين فعنده السدس وعندهما الربع ويصير خمسا ؛ ولو ترك ابنتين فعنده له السدس ، وعندهما الثلث ؛ ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف لأن بيت المال بمنزلة ابن فصار كأن له ابنتين ولا مانع من الزيادة على الثلث فصيح . قال أبو يوسف : لو أوصى لعبده بجزء أو بنصيب أو بطائفة من ماله لا يعتق ؛ ولو أوصى بسهم من ماله عتق ، لأن السهم عبارة عن السدس أو عن أخسّ السهام ، وأنه معلوم فتنفذ الوصية في جزء منه . أما الجزء والنصيب ليس بمعلوم فلا تنفذ فيه الوصية إلا بإعطاء الورثة ما شاءوا . قال (ولو أوصى بجزء أعطاه الوارث ما شاء) وكذلك النصيب والشقص والبعض لأنه اسم لشيء مجهول ، والوارث قائم مقام الموصى فكان البيان إليه . قال (ولو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنان فله الثلث) لأنه إذا أخذ الثلث كان مثل نصيب ابنه ، ولو أخذ النصف كان أكثر ، ولو أوصى بنصيب ابنه فهي باطلّة لأنه وصية بمال الغير لأن نصيب الابن ما يصيبه بعد موت الأب ، بخلاف المثل لأن مثل الشيء غيره .

وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِ دَرَاهِمِهِ أَوْ ثُلْثِ غَنَمِهِ فَهَلَكَ ثُلَاثُهَا وَبَقِيَ ثُلُثُهَا وَهِيَ تَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِهِ فَلَهُ جَمِيعُهُ (ز) ، وَكَذَا الْمَكِيلُ وَالْمَوْزُونُ وَالثِّيَابُ مِنْ جَنْسٍ وَاحِدٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مُخْتَلِفَةً فَلَهُ ثُلْثُ الْبَاقِي ، وَكَذَلِكَ الْعَبِيدُ وَالْأَدُورُ ؛ وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِرَزِيدٍ وَعَمْرٍو وَعَمْرُو مَيْتٍ فَالْثُلْثُ لِرَزِيدٍ ، وَلَوْ قَالَ بَيْنَ رَزِيدٍ وَعَمْرٍو فَتَنْصِفُهُ لِرَزِيدٍ ؛ وَمَنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِأَلْفٍ مِنْ مَالِهِ وَلَهُ مَالٌ عَيْنٌ وَدَيْنٌ وَالْأَلْفُ يَخْرُجُ مِنْ ثُلْثِ الْعَيْنِ دُفِعَتْ إِلَيْهِ ،

قال (ومن أوصى بثلث دراهمه أو ثلث غنمه فهلك ثلثاها وبقي ثلثها وهي تخرج من ثلثه فله جميعه ، وكذا المكيل والموزون والثياب من جنس واحد ، وإن كانت مختلفة فله ثلث الباقي ، وكذلك العبيد والدور) وقال زفر : له ثلث الباقي في الجميع لأن الكل مشترك بينهما ، فما هلك يهلك على الحقين ، وما يبقى يبقى عليهما كسائر الأموال المشتركة وكما في الأجناس المختلفة . ولنا أن الوصية تعلقت بالباقي لأنه يجوز أن يستحقه الموصى له بالقسمة مع الورثة لو قسم قبل الهلاك لأنه مما تجرى فيه القسمة جبرا وأنه إفراد فيه ، وكل ما تعلقت به الوصية وهو يخرج من ثلث المال فهو للموصى له ولا التفات إلى ما هلك ، ألا ترى أنه لو أوصى له بثلث شيء بعينه كالداية والدار والعبد فاستحق ثلثه كان له الثلث الباقي ، ولا كذلك الأجناس المختلفة لأنه لا يجوز أن يستحق الموصى له الباقي بالقسمة ، فلم تكن الوصية متعلقة به لأن القسمة لا تجرى فيه جبرا ، ولو كانت تكون مبادلة فلا يكون له إلا ثلث الباقي ضرورة المبادلة ، وهذا ظاهر في الأجناس المختلفة ، إذ لا خلاف في عدم قسمة الجبر فيها ؛ وأما الدور المختلفة والرقيق فكذلك عند أبي حنيفة لأنها لا تقسم عنده ؛ وأما على قولهما قالوا : ينبغي أن تكون كالثياب والغنم لأنها تقسم عندهما ، وقيل لا . أما الدور فإنها تقسم عندهما إذا رأى القاضى ذلك مصلحة فكان في معنى القسمة أضعف مما يقسم بكل حال . وأما الرقيق فإنه وإن كان يقسم عندهما لكن التفاوت بينهما فاحش فصار كجنسين . قال (ومن أوصى بثلثه لزيد وعمرو وعمرو ميت فالثلث لزيد لأن عمرا إنما يزاحم لو كان حيا ، أما الميت لا يزاحم فبقي الثلث لزيد بلا مزاحم بقوله : ثلث مالى لزيد ، ولغا قوله وعمرو . وعن أبي يوسف إن علم بموت عمرو فكذلك لأنه علم أن ذكر عمرو لغو ، وإن لم يعلم لزيد نصف الثلث ، لأن من زعمه أن الوصية بينهما وأنه إنما أوصى لزيد بنصف الثلث فيكون كما زعم (ولو قال : بين زيد وعمرو فنصفه لزيد) لأن اللفظ يقتضى التنصيف بينهما ، ألا يرى أنه لو قال : ثلث مالى لزيد وسكت كان جميع الثلث له ؟ ولو قال : بين زيد وسكت لا يستحق جميعه . قال (ومن أوصى لرجل بألف من ماله وله مال عين ودَيْن ، والألف يخرج من ثلث العين دفعت إليه) لأنه أمكن تنفيذ الوصية من الثلث

وَأِنْ لَمْ يَخْرُجْ مِنَ الْعَيْنِ أَخَذَ ثُلُثُ الْعَيْنِ وَثُلُثُ مَا يُحْصَلُ مِنَ الدِّينِ حَتَّى يَسْتَوْفِيَهَا ، وَمَنْ أَوْصَى بِثُلْثِهِ لِفُلَانٍ وَلِلْمَسَاكِينِ فَتَنْصِفُهُ لِفُلَانٍ وَنِصْفُهُ لِلْمَسَاكِينِ (م) ؛ وَلَوْ أَوْصَى لِرَجُلَيْنِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِمِائَةٍ ، ثُمَّ قَالَ لِأَخْرَ : أَشْرَكَكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ ؛ وَلَوْ قَالَ لَوَرَّثْتِهِ : لِفُلَانٍ عَلَى دَيْنٍ فَصَدَّقُوهُ يُصَدَّقُ إِلَى الثُّلُثِ ؛ وَإِنْ أَوْصَى لِأَجْنَبِيٍّ وَوَارِثٍ فَالنِّصْفُ لِلْأَجْنَبِيِّ وَبَطُلَ نِصْفُ الْوَارِثِ .

الذى هو محلها من غير إضرار بالورثة فينفذ (وإن لم يخرج من العين أخذ ثلث العين وثلث ما يحصل من الدين حتى يستوفى) لأن التركة مشتركة بينهم فيشتركان في العين والدين بقدر حصصهما ، لأن العين خير من الدين ، فلو اختص به أحدهما تضرر الآخر فكان العدل فيما ذكرنا . قال (ومن أوصى بثلثه لفلان وللمساكين ، فنصفه لفلان ونصفه للمساكين) وقال محمد : ثلثاه للمساكين ، وأصله أن اسم المساكين عنده يتناول الاثنين فصاعدا ، لأن الوصية أخت الميراث ، والجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعدا فكذا هذا . وعندهما يتناول الواحد فصاعدا ، لأن الألف واللام تقتضى الجنس ، ومتى تعذر الصرف إلى الجنس يصرف إلى الأدنى وهو واحد كاليمين في شرب الماء وتزويج النساء وكلام الناس فانه يحث بشرب قطرة وتزويج امرأة وكلام واحد ، وههنا تعذر صرفه إلى الجنس لأنهم لا يحصون فيصرف إلى الأدنى وهو الواحد ، وعلى هذا لو أوصى بثلثه للمساكين فعند محمد لا يجوز صرفه إلى واحد . وعندهما يجوز لما مر . ولو أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين قال أبو حنيفة رحمه الله : سهم لفلان وسهم للمساكين وسهم للفقراء ، لأن الفقراء والمساكين صنفان فكأنه أوصى لثلاثة . وعند أبي يوسف رحمه الله : سهم لفلان وسهم للفقراء والمساكين لأنهما صنف واحد من حيث المعنى ، إذ كل واحد من الاسمين ينبي عن الحاجة . وعند محمد رحمه الله : يقسم على خمسة أسهم : سهم لفلان ، ولكل صنف سهمان لما مر . قال (ولو أوصى لرجلين كل واحد منهما بمائة ثم قال لِأَخْرَ : أَشْرَكَكَ مَعَهُمَا فَلَهُ ثُلُثُ كُلِّ مِائَةٍ) تحقيقا للشركة ، إذ الشركة تقتضى المساواة . ولو أوصى لرجل بمائة ولآخر بخمسين ثم قال لِأَخْرَ : أَشْرَكَكَ مَعَهُمَا ، فله نصف المال كل واحد ، لأنه تعذر المساواة بين الكل لتفاوت المالين فحملناه على مساواة كل واحد منهما عملا بلفظ الشركة بقدر الإمكان . قال (ولو قال لورثته : لفلان على دين فصدقه يصدق إلى الثلث) أى إذا ادعى أكثر من ذلك وكذبه الورثة لأنه إقرار بمجهول فلا يصح إلا بالبيان ، فعلمنا أنه قصد تقديمه على الورثة فأمضينا قصده وجعلناه وصية فتكون مقدرة بالثلث . قال (وإن أوصى لأجنبيٍّ ووارث فالنصف للأجنبيٍّ وبطل نصف الوارث)

وَمَنْ أَوْصَىٰ لِجَيْرَانِهِ فَهُمْ الْمُلاصِقُونَ (سم) ، والأصهارُ : كُلُّ ذِي رَحِمٍ
مَحْرَمٍ مِنْ زَوْجَتِهِ . وَالْأَخْتَانُ : زَوْجُ كُلِّ ذَاتِ رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، وَالْأَهْلُ :
الزَّوْجَةُ (سم)

لأنه أوصى بما يملك وما لا يملك فيصح فيما يملك وتبطل في الآخر ، بخلاف الوصية للحي
والميت لأن الميت ليس أهلاً للتمليك فلا يكون مزاحماً . أما الوارث أهل حتى يصح باجازه
باقى الورثة فيصلح مزاحماً .

فصل

(ومن أوصى لجيرانه فهم الملاصقون) عند أبي حنيفة وزفر رحمهما الله ، وهو القياس
لأنه من المجاورة ، وهى الملاصقة . قال عليه الصلاة والسلام « الجار أحق بصقبه » والمراد
الملازق لأن غيره لا يستحق الشفعة . وقالوا : الملاصقون وغيرهم ممن يصلى فى مسجد تلك
السكة ، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ، وهو الاستحسان لأنهم يسمون جيرانا
عرفاً ، يقال : جار ملاصق وغير ملاصق ، وقد قال عليه الصلاة والسلام « لاصلة لجار
المسجد إلا فى المسجد » وفسر بكل من سمع النداء ولأن قصده البر ، وهو فيما ذكرناه
أعم إلا أنه لا بد من الاختلاط بينهم ، وذلك باتحاد المسجد والمالك والسكان فيه سواء ،
وكذلك الذكر والأنثى والصغير والكبير والمسلم والذمي ، لأن اسم الجار يتناولهم . قال
(والأصهار : كل ذى رحم محرم من زوجته) لأن النبي عليه الصلاة والسلام أعنت كل
ذى رحم محرم من زوجته صفية (١) ، وكانوا يسمون أصهار رسول الله صلى الله عليه
وسلم ، ويدخل فيه كل ذى رحم محرم من زوجة كل ذى رحم محرم منه ، فلو مات
بعد زوال النكاح بطلت الوصية ، لأنه يشترط وجود الصهرية عند الموت وبقاؤها بقاء
النكاح . قال (والأختان : زوج كل ذات رحم محرم منه) ويدخل فيه الأقرب والأبعد
والعبد والحر لتناول اللفظ الجميع . ومن كلامهم : نعم الختن القبر . وعند أهل اللغة
اختلاف فى الأصهار والأختان غير ما ذكرنا ، والعرف على ما ذكرنا والحكم به . قال
(والأهل : الزوجة) وعندهما كل من يعوله وتجمعه نفقته ومنزله من الأحرار دون
الرقيق ، وإن كان يعوله وليس فى منزله لا يدخل عملاً بالعرف . قال تعالى - وأتوفى
بأهلكم أجمعين - ولأبى حنيفة رحمه الله أن الحقيقة ما ذكرنا ، يقال : تأهل فلان ببلد كذا
إذا تزوج بها ، وانصرف الفهم إليه عند الإطلاق دليل الحقيقة . وقال تعالى -

(١) قوله صفية ، قال الشلى على الزيلعى : صوابه : جويرية ذكره أبو داود .

وَالْآلُ : أَهْلُ بَيْتِهِ ، وَأَهْلُ نَسَبِهِ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ ، وَجَنْسِهِ : أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ ، وَإِنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ ، أَوْ لِدَوَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ لِأَرْحَامِهِ ، أَوْ لِدَوَى أَرْحَامِهِ ، أَوْ لِأَنْسَابِهِ فَهُمْ اثْنَانِ (سَم) فَصَاعِدًا مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ ؛ وَفِي الْجَدِّ رِوَايَتَانِ ،

قَالَ لِأَهْلِهِ امْكُثُوا - أَيْ لَزُوجَتِهِ ، وَقَالَ تَعَالَى - فَلَمَّا قَضَى مُوسَى الْأَجَلَ وَسَارَ بِأَهْلِهِ - أَيْ زَوْجَتَهُ بِنْتِ شَعِيبٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ . قَالَ (وَالْآلُ : أَهْلُ بَيْتِهِ) لِأَنَّ آلَ فُلَانٍ قَبِيلَتُهُ الَّتِي يَنْسَبُ إِلَيْهَا . وَلَوْ أَوْصَى لِأَهْلِ بَيْتِ فُلَانٍ يَدْخُلُ فِيهِ أَبُوهُ وَجَدُّهُ ، لِأَنَّ الْأَبَ أَصْلَ الْبَيْتِ . قَالَ (وَأَهْلُ نَسَبِهِ : مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَيْهِ مِنْ جِهَةِ الْأَبِ) لِأَنَّ النَّسَبَ إِلَى الْآبَاءِ . قَالَ (وَجَنْسُهُ : أَهْلُ بَيْتِ أَبِيهِ) لِأَنَّ الشَّخْصَ يَتَجَنَّسُ بِأَبِيهِ ، فَابْنُ التُّرْكِيِّ تُرْكِي ، وَابْنُ الْهِنْدِيِّ هِنْدِي . فَالْحَاصِلُ أَنَّ أَهْلَ الْبَيْتِ وَالنَّسَبَ وَالْجَنْسَ وَالْآلَ أَقْرَبَاؤُهُ مِنْ قَبْلِ أَبِيهِ إِلَى أَقْصَى جَدِّ يَجْمَعُهُمْ فِي الْإِسْلَامِ ، وَيَدْخُلُ فِيهِ الْغَنَى وَالْفَقِيرُ وَإِنْ كَانُوا لَا يَحْصُونَ ، لِأَنَّ اسْمَ الْقَرَابَةِ يَتَنَاوَلُهُمَا ، وَالْوَصِيَّةُ لِلْغَنَى الْقَرِيبَ قَرَبَةً لِأَنَّهُ صِلَةُ الرَّحِمِ . قَالَ (وَإِنْ أَوْصَى لِأَقْرَبَائِهِ أَوْ لِدَوَى قَرَابَتِهِ ، أَوْ لِأَرْحَامِهِ ، أَوْ لِدَوَى أَرْحَامِهِ ، أَوْ لِأَنْسَابِهِ فَهُمْ اثْنَانِ فَصَاعِدًا مِنْ كُلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ ، غَيْرِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودَيْنِ ؛ وَفِي الْجَدِّ رِوَايَتَانِ) وَقَالَ : يَسْتَحِقُّهُ الْوَاحِدُ وَيَسْتَوِي فِيهِ الْمَحْرَمُ وَغَيْرُ الْمَحْرَمِ وَالْقَرِيبُ وَالْبَعِيدُ إِلَى كُلِّ مَنْ يَنْتَسِبُ إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ ، لِأَنَّ الْقَرَابَةَ تَنْتَظِمُ الْكُلَّ لِمَا رَوَى «أَنَّهُ لَمَّا نَزَلَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَأَنْذِرْ عَشِيرَتَكَ الْأَقْرَبِينَ - صَعِدَ النَّبِيُّ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ الصَّفَا وَقَالَ : يَا بَنِي فُلَانٍ ، يَا بَنِي فُلَانٍ حَتَّى دَعَا قِبَانِلَ قَرِيشَ ، وَقَالَ لَهُمْ : إِنِّي نَذِيرٌ لَكُمْ بَيْنَ يَدَيِ عَذَابٍ شَدِيدٍ » فَدَلَّ أَنَّ الْقَرَابَةَ تَتَنَاوَلُ الْقَرِيبَ وَالْبَعِيدَ . وَقَوْلُهُمَا إِلَى أَقْصَى أَبٍ لَهُ فِي الْإِسْلَامِ كَالْعَبَّاسِيِّ وَالْعُلُوِّيِّ يَدْخُلُ فِي وَصِيَّتِهِ كُلِّ مَنْ يَنْسَبُ إِلَى الْعَبَّاسِ وَإِلَى عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، لِأَنَّ الْجَدَّ الْمُسْلِمَ صَارَ هُوَ الْبَيْتَ وَشَرَفُوا بِهِ فَلَا اعْتِبَارَ بِمَنْ تَقَدَّمَ مِنْهُمْ لَمْ يَسْلَمْ ، وَلَأَنِّي حَنِيفَةٌ أَنْ قَوْلُهُ لِدَوَى قَرَابَتِي اسْمُ جَمْعٍ ، وَالْمُثْنَى جَمْعٌ مِنْ وَجْهِ لَوْجُودِ الْجَمَاعِ ، وَلِأَنَّ الْوَصِيَّةَ أَخَذَ الْمِيرَاثَ . وَأَقْلَبَ الْجَمْعَ فِي الْمِيرَاثِ اثْنَانِ ، وَلِأَنَّ الْمَقْصُودَ بِهَا الصِّلَةَ فَتَخْتَصُّ بِالرَّحِمِ الْمَحْرَمِ كَالنَّفَقَةِ ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الرِّجَالُ وَالنِّسَاءُ لِلْإِطْلَاقِ ، وَلَا يَدْخُلُ فِيهِ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ . قَالَ تَعَالَى - لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ - وَالْمَعْطُوفُ غَيْرُ الْمَعْطُوفِ عَلَيْهِ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنِ الْوَالِدُ قَرِيبًا لِلْوَلَدِ لَا يَكُونُ الْوَلَدُ قَرِيبًا لَهُ ، وَلَا يَدْخُلُ الْجَدُّ وَالْجَدَّةُ وَوَلَدُ الْوَلَدِ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى لِأَنَّهُمْ لَيْسُوا أَقْرَبَاءَ ، لِأَنَّ الْقَرِيبَ لُغَةً : مَنْ يَتَقَرَّبُ إِلَى غَيْرِهِ بِوَسْطَةِ غَيْرِهِ ، وَتَكُونُ الْجُزْئِيَّةُ بَيْنَهُمَا مُعْدَمَةً ، وَتَقَرَّبَ الْوَالِدُ وَالْوَلَدُ بِنَفْسِهِ لَا بِغَيْرِهِ ، وَالْجَدُّ وَالْجَدَّةُ الْجُزْئِيَّةُ بَيْنَهُمَا ثَابِتَةٌ ، وَيَشْتَرِطُ أَنْ لَا يَكُونَ وَاِرثًا لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ لَا تَصَحُّ لِلْوَارِثِ .

وَيُعْتَبَرُ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ، فَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَخَالَانِ فَلِلْعَمِّ النِّصْفُ وَلِلخَالَيْنِ النِّصْفُ (سم) ، وَفِي عَمَّتَيْنِ وَخَالَتَيْنِ الْكُلُّ لِلْعَمَّتَيْنِ (سم) ، وَلَوْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَاحِدٌ فَلَهُ نِصْفُ الثُّلُثِ (سم) وَإِنْ كَانَ لَهُ عَمٌّ وَعَمَّةٌ وَخَالَ فَالْوَصِيَّةُ لِلْعَمَّةِ وَالْعَمَّةِ سَوَاءٌ ، وَإِنْ قَالَ لِذِي قَرَابَتِهِ أَوْ ذِي نَسَبِهِ فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ الْوَاحِدَ يَسْتَحِقُّ الْكُلَّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ ذُو رَحِمٍ مَحْرَمٌ بَطَلَتْ (سم) الْوَصِيَّةُ أَوْصَى ابْنِي فُلَانٍ وَهُوَ أَبُو قَبِيلَةٍ كَبَنِي تَمِيمٍ فَهِيَ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى وَالْفَقِيرِ وَالْغَنِيِّ ، وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَهِيَ بَاطِلَةٌ .

قال (ويعتبر الأقرب فالأقرب) عند أبي حنيفة أيضا (فان كان له عم وخالان فللعمة النصف وللخالين النصف) وقالوا : بينهم أثلاثا (وفي عمين وخالين الكل للعمين) وعندهما بينهم أرباعا . لأبي حنيفة أن الوصية أخت الميراث فيعتبر الأقرب فالأقرب كما في الميراث ، فلا يرث الخال مع العمين ، وفي المسألة الأولى للعم النصف لأنه لا بد من الثانية لما مرّ عنده فبقى الباقي للخالين . ولهما ما تقدم أن اسم القريب يتناول القريب والبعيد على مامر . قال (ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث) عنده ، وعندهما جميعه (وإن كان له عم وعمة وخال فالوصية للعم والعمة سواء) لاستوائهما في القرابة وهي أقوى من الخثولة والعمة . وإن لم تكن وارثة تستحق الوصية بلفظ القرابة ، كما إذا كان القريب عبدا أو كافرا . قال (وإن قال لذي قرابته أو ذى نسبه فكذلك) الخلاف (إلا أن الواحد يستحق الكل) بالإجماع ، لأن لفظ ذى فرد فيستحقه الواحد ، ففي مسألة العم والخالين يستحق العم الجميع لما قلنا ؛ ولو قال لذوى قرابته أو لأنسابه الأقرب فالأقرب يستحق الواحد الجميع إذا انفرد ، لأن قوله الأقرب فالأقرب خرج تفسيرا لما تقدم ، والأقرب اسم فرد ، ويدخل فيه ذو الرحم المحرم وغيره ، لأن قوله الأقرب فالأقرب يتناول الكل ، وثبت الاستحقاق للأبعد عند عدم الأقرب ، ولا يأخذ معه عملا بقوله الأقرب فالأقرب . قال (فان لم يكن له ذو رحم محرم بطلت الوصية) عند أبي حنيفة خلافا لهما ، والأصل مامر . قال (أوصى ابني فلان وهو أبو قبيلة كبنى تميم فهي للذكر والأنثى والفقير والغنى وإن كانوا لا يحصون فهي باطلة) والأصل فيه أن كل وصية يحصى عدد أهلها فهي جائزة ، وهي بينهم بالسوية على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى فهي سواء ، ويدخل فيها الغنى والفقير ، لأن الحق يجوز إثباته لمعين من بنى آدم فإن التسليم إليه ممكن ، ولا دلالة على التخصيص فصحت الوصية ، وإن كان لا يحصى عددهم فعلى ثلاثة أوجه : أحدها أن تكون الوصية لا يدخل فيها غنى كقوله : فقراء بنى تميم أو مساكينهم فالوصية صحيحة ، وتكون الوصية لمن قدر عليه منهم ، لأن الوصية وقعت لله تعالى والفقراء مصارفها .

وَلَا كَانَ أَبَا صُلُبٍ فَالْوَصِيَّةُ لِلذَّكُورِ (سَم) خَاصَّةٌ ؛ وَلَوْ أَوْصَى لِأَيْتَامِ بَنِي
فُلَانٍ أَوْ عُمَيَّانِهِمْ أَوْ زَمَنَاهُمْ أَوْ أَرَامِلِهِمْ وَهُمْ يُحْصَوْنَ فَهِيَ لِلْفُقَرَاءِ
وَالْأَغْنِيَاءِ ، وَإِنْ كَانُوا لَا يُحْصَوْنَ فَلِلْفُقَرَاءِ خَاصَّةٌ .

والثاني أن يكون لفظ الوصية يقع للفقير والغني ولا يختص به أحدهما فهي باطلة ،
كقوله لبنى تميم لأنها تثبت للعباد ، ولا يمكن تنفيذها لجميع بنى تميم لأنهم لا يحصون ،
ولا يمكن تنفيذها للبعض لأنه ليس بأولى من البعض الآخر فبطلت ، بخلاف الوجه الأول
لأن الموصى له واحد ، وهو الله تعالى . الوجه الثالث أن يكون اللفظ يتناول الفقير والغني ،
لكن قد يستعمل اللفظ في ذوى الحاجة كقوله : يتامى بنى تميم ، أو عميان بنى تميم ، أو
زمنى بنى تميم ، أو أرامل بنى تميم ، فإن كانوا يحصون فالاسم يقع على الفقير والغني
وتكون الوصية لهما ، لأنهم معينون يمكن التسليم إليهم فيجوز اللفظ على إطلاقه ، وإن
كانوا لا يحصون كان للفقراء منهم ، لأن هذا اللفظ يذكر ويراد به غالبا أهل الحاجة ، فإن
الله تعالى ذكر اليتامى في آية الخمس وأراد الفقراء منهم فوجب تخصيص الوصية وحملها على
أهل الحاجة منهم ، ولأن القرابة والثواب فيهم أكثر وهو المقصود غالبا ، ويستوى فيه
الذكر والأنثى ، لأن الاستحقاق بالعقد لا يفضل فيه الذكر والأنثى كالأستحقاق بالبيع ،
ولو قال : لفقراء بنى فلان وهو أبو قبيلة لا يحصون دخل مواليتهم في الوصية مولى الموالاة
ومولى العتاقة وحلفاؤهم ، وإن كانوا بنى أب ليس بقبيلة يختص ببنى فلان من العرب
دون الموالى والحلفاء ، لأنهم إذا لم يحصوا فالمراد بها النسبة وذلك موجود في الموالى والحلفاء
وإذا ذكر البنوة ممن يحصون فالمراد الأولاد دون النسبة . قال (وإن كان أباً صلباً فالوصية
للذكور خاصة) عند أبي حنيفة رحمه الله ، وكان يقول أولاً : هو للذكور والإناث ،
وهو قولهما لأنه متى اختلط الذكور والإناث فخطاب الرجال يعم الجميع كقولهم :
بنو آدم وبنو هاشم . ولأبي حنيفة رحمه الله أن حقيقة اللفظ للذكر خاصة وما ذكره مجاز ،
والعمل بالحقيقة أولى . وقال أبو حنيفة رحمه الله : لو لم يكن لفلان ولد لصلبه يعطى ولد
ولده من قبل الرجال دون الإناث ، ولا يشترك في هذا النساء مع الرجال ، إنما هي
للرجال خاصة ، بخلاف اسم الولد على ما يأتي إن شاء الله تعالى . قال (ولو أوصى لأيتام
بنى فلان أو عميانهم أو زمناهم أو أراملهم وهم يحصون فهي للفقراء الأغنياء ، وإن
كانوا لا يحصون فله فقراء خاصة) وقد مر ، وكذلك إذا أوصى لجاورى مكة فهي كالوصية
للأيتام ، واليتيم : كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم ، غنيا كان أو فقيرا ، والأرملة :
كل امرأة بالغة فقيرة فارقتها زوجها أو مات عنها ، دخل بها أو لم يدخل من قولهم :

أَوْصَى لَوْرَثَةَ فُلَانٍ فَلِلَّذَكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ؛ وَإِنْ قَالَ لِبَوْلَدِ فُلَانٍ
الَّذَكَرُ وَالْأُنثَى فِيهِ سَوَاءٌ ، وَلَا يَدْخُلُ أَوْلَادُ الْإِبْنِ مَعَ أَوْلَادِ الصُّلْبِ ،
وَيَدْخُلُ أَوْلَادُ الْإِبْنِ فِي الْوَصِيَّةِ عِنْدَ عَدَمِ وَلَدِ الصُّلْبِ ، وَلَا يَدْخُلُ
أَوْلَادُ الْبَنَاتِ ،

أرمل القوم : إذا فني زادهم ، ويسمى الذكر أرملًا مجازًا . قال :

كل الأرامل قد قضيت حاجتها فمن لحاجة هذا الأرمل الذكر (١)

والأيم : كل امرأة لا زوج لها وقد جومت حرامًا أو حلالًا بلغت أولم تبلغ فقيرة أو غنية ،
هكذا ذكره محمد رحمه الله ، وقوله حجة في اللغة . الشاب والفتى من خمسة عشر سنة إلى أن
يصير كهلاً ، لأنه من شبَّ إذا نما وازداد وهو في النبوَّة إلى أن يكتمل . والغلام : ما لم يبلغ
من الغلظة وهي السكر والغفلة لأنه ما لم يبلغ كالسكران في لهوه وصباه . والكهل : من
ثلاثين سنة ، فإذا وخطه الشيب فهو شيخ قاله الجوهري . وعن أبي يوسف ومحمد الكهل
من أربعين إلى خمسين إلا إذا غلب الشيب فهو شيخ . وعن أبي يوسف إذا بلغ ثلاثين وخالطه
شيب فهو كهل ، وإن لم يخالطه فهو شاب ، والعبرة للشيب والشمط (٢) فإن الناس تعارفوا
ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامة . والكهولة من الاكتهال وهو الاكتمال ، ومنه
اكتمل الزرع إذا أدرك وأبيض . والشيخ : من خمسين إلى آخر العمر . قال أبو يوسف :
إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب وحساب فهم لا يحصون . وقال محمد : إن كانوا أكثر من
مائة لا يحصون ، واختار أن يفوض الأمر إلى القاضي وهو الأحوط . قال (أوصى لورثة
فلان فللذكر مثل حظ الأنثيين) اعتباراً بالميراث لأن اسم الورثة دلَّ عليه (وإن قال لولد
فلان الذكر والأنثى فيه سواء) لأنه لادلالة على التفضيل واللفظ يتناول الكل لأن الولد
اسم لجنس المولود ذكراً كان أو أنثى واحداً أو أكثر ، ويدخل فيه الحمل لأنه ولد حتى
ورث (ولا يدخل أولاد الابن مع أولاد الصلب) لأن الولد حقيقة يتناول ولد الصلب ،
ولو كان له بنات لصلبه وبنو ابن فالوصية للبنات عملاً بالحقيقة (ويدخل أولاد الابن في
الوصية عند عدم ولد الصلب) لأن اسم الولد ينتظم ولد الصلب حقيقة وولد الولد
مجازاً ، فإذا تعدرت الحقيقة صرف إلى المجاز تحرراً عن التعطيل (ولا يدخل أولاد البنات ،

(١) قوله كل الأرامل ، قال في لسان العرب : قال ابن جني : قلما يستعمل الأرمل
في المذكر إلا على التشبيه والمغالطة . قال جرير : وساق البيت المذكور . وذكر في أمش ،
لسان العرب : كل الأرامل كذا في الأصل . وفي شرح القاموس والتكملة والأساس :
هذه الأرامل ، فلهما روايتان اهـ .

(٢) قوله الشمط ، قال في مختار الصحاح : الشمط بفتحين بياض شعر الرأس يخالط سواده .

أَوْصَى لِمَوَالِيهِ فَهِيَ لِمَنْ أَعْتَقَهُ فِي الصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَالْأَوْلَادِهِمْ ؛ وَلَا يَدْخُلُ مَوَالِي الْمَوَالِي إِلَّا عِنْدَ عَدَمِهِمْ ،

وروى الخصاص عن محمد أنهم يدخلون ، وذكر في السير الكبير : إذا أخذ أمانا لنفسه ولولده لم يدخل فيه ولد البنات ، وجه رواية الخصاص أن الولد ينسب إلى أبويه حقيقة وينسب إلى جده مجازا ، فاذا نسب إلى جده أب أبيه بأنه ابنه مجازا ، فكذلك ينسب إلى أب أمه ، ولأن عيسى عليه السلام يقال له ابن آدم ولا ينسب إليه إلا من أمه . وجه الظاهر أن أولاد البنات ينسبون إلى أبيهم ، قال :

بنونا بنو أبائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

وإذا نسبوا إلى آبائهم لم ينسبوا إلى أب الأم فلا يدخلون في الوصية له ، وما يدل عليه قوله تعالى - ما كان محمد أباً أحداً من رجالكم - ولو كان ولد البنت ينسب إليه لكان أباً للحسن والحسين رضي الله عنهما . قال (أوصى لمواليه فهي لمن أعتقه في الصحة والمرض والأولادهم) من الرجال والنساء ، وسواء أعتقه قبل الوصية أو بعدها ، لأن الوصية تتعلق بالموت ، وكل واحد من هؤلاء ثبت له الولاء عند الموت فاستحق الوصية لوجود الصفة فيه ، وأولادهم أيضاً ينسبون إليه بالولاء المعلق بالعتق فيدخلون معهم ، والمدبرون وأمهات الأولاد لا يدخلون . وعن أبي يوسف أنهم يدخلون لأنهم استحقوا الحرية بسبب لا يلحقه الفسخ فنسبوا إلى الولاء كالمتعق . وجه الظاهر أن الوصية تستحق بالموت وهؤلاء يعتقون عقيب الموت ، ويثبت لهم الولاء بعده ، فحال نفوذ الوصية لم يكونوا موالى فلا يدخلون فيها . ولو قال لعبد : إن لم أضربك فأنت حر فأت قبل ضربه دخل في الوصية لأنه يعتق عند عجزه عن الضرب ، وذلك في آخر جزء من أجزاء حياته فيستحق اسم الولاء عقيب الموت فيدخل في الوصية . وأما موالى المولاة قال أبو يوسف : إذا كان الموصى من العرب وله موالى عتاقة وموالى مولاة ، فهم شركاء في الوصية ، لأن الاسم يشمل الكل . وقال محمد في الجامع الكبير : الوصية لولاء العتاقة وأولادهم دون موالى المولاة ، لأن ولأ العتاقة بالعتق ، ولولاء المولاة بالعقد فهما معنيان متغايران فلا ينتظمهما لفظ واحد ، ومولى العتاقة ألزم فيحمل عليه ، بخلاف الأولاد لأنهم ينسبون هم والآباء إليه بولاء واحد . قال (ولا يدخل موالى الموالى إلا عند عدمهم) لأنهم موالى غيره حقيقة ، وهم بمنزلة ولد الولد مع ولد الصلب ، فان الموالى حقيقة الذين أوقع عليهم العتق ، وموالى الموالى ينسبون إليه مجازا ، فلا يتناولهم الاسم إلا عند عدم الموالى حقيقة لما مر ، فان كان له مولى فالثالث لهما ، لأن اسم الجمع في الوصايا يحمل على الاثنين فصاعدا لما مر .

فَإِنْ كَانَ لَهُ مَوْلَى وَاحِدٌ وَمَوْلَى مُوَالَاةٍ فَالْنِّصْفُ لِمَوْلَاهُ وَالْبَاقِي لِمَوْلَاتِهِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ مَوَالٍ أَعْتَقُوهُ وَمَوَالٍ أَعْتَقَهُمْ فَهِيَ بَاطِلَةٌ .

قال (فان كان له مولى واحد ومولى موالة فالنصف لمولاه والباقي لورثته) لما بينا أن اسم الجمع يتناول الاثنين فصاعدا ، فيستحق الواحد النصف ويسقط مولى الموالة لتعذر العمل بالحقيقة والمجاز فيصرف إلى الورثة ، ونظيره الوصية للولد وله ولد واحد وولد ولد ، فللصلي نصف الثلث والباقي للورثة ، ولا شيء لولد الولد والعدة ما بينا . قال (وإن كان له موال أعفقوه وموال أعفقهم فهي باطلة) لأن اسم الموالى يتناولهما ومعناها مختلف ، لأن أحدهما أنعم ولآخر أنعم عليه وليس أحدهما أولى من الآخر فتعذر العمل بعموم اللفظ ، لأن الاسم المشترك لا ينتظم المعنيين المختلفين في حالة واحدة فبقى الموصى له مجهولا ، وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنها جائزة وتكون للفريقين لأن الاسم ينتظمهما ولا يدخل موالى أبيه . وقال أبو يوسف : يدخلون لأنهم مواله حكما حتى يرثهم بالولاء فدخلوا تحت الاسم ، وجه الظاهر أنه لم يعتقهم فلا يكونون مواليه حقيقة ولم ينسبوا إليه بالولاء ، بخلاف ابن المولى فإنه ينسب إليه بالولاء بواسطة أبيه وإنما يرثهم بالعصوبة لا بالولاء ، بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه بالولاء .

مسائل مشورة

وصى باع ضبيعة لليتيم من مفلس يؤجل القاضى المشتري ثلاثة أيام ، فإن نقد الثمن وإلا فسخ البيع نظرا لليتيم . أوصى إلى رجل بأن يضع ثلث ماله حيث أحب ، فله أن يجعله في نفسه لأنه امتثل أمر الموصى فيجوز على إطلاقه ؛ ولو قال أعطه من شئت لا يعطى نفسه ، لأن الاعطاء لا يتحقق إلا بأخذ غيره ، والدفع والأخذ لا يتحقق من الواحد ، بخلاف الوضع فإنه يتحقق عند نفسه ، ولو قال : تصدق عني بهذه العشرة على عشرة مساكين فتصدق على مسكين واحد ؛ أو قال تصدق على مسكين واحد فتصدق على عشرة جاز ، لأن الصدقة قرينة لله تعالى والمساكين مصارف كالزكاة . وروى الحسن عن أبي حنيفة وابن سماعة عن أبي يوسف أنه لا يجوز ، وعن محمد لو أوصى أن يتصدق عنه بهذه الألف أو بهذا الثوب أو بهذا العبد أو يهدى عنه هذه البدنة ليس للموصى أن يتصدق بالقيمة ، واختار أنه يجوز فيها دفع القيم كما في الزكاة والصدقة ولو أوصى بأن يتخذ طعاما للناس بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام ، قال الفقيه أبو جعفر : يجوز من الثلث للذين يحضرون التعزية من مكان بعيد ويطول مقامهم عنده ، والأغنياء والفقراء سواء ، ولا يجوز لمن لا يطول مقامه ، وإن فعل الوصى من الطعام شيئا كثيرا يضمن ، وإن كان

كتاب الفرائض

قليلا لا يضمن ؛ وقيل الوصية باطلة ، والوصية بالكفن والدفن وبالتنقل من موضع إلى موضع باطلة لأن ولايته في ماله قد انقطعت بالموت ، ولو أوصى بأن يطين قبره أو يجعل عليه قبة أو يدفع شيئا إلى من يقرأ عند قبره القرآن فالوصية باطلة لأن عمارة القبور للأحكام مكروه ، وأخذ الشيء للقراءة لا يجوز لأنه كالأجرة ، ووصية الذبي للبيعة والكنيسة تجوز .

اعلم أن وصية الذبي إما إن كانت بقربة عندنا وعندهم أو عندهم أو عندنا ، أو لا تكون قربة أصلا ؛ فالأول مثل الوصية لبيت المقدس في عمارته ودهن مصابيحها ، والوصية للغزاة الذين يقاتلون من خالفهم من أهل الحرب ، فهذه صحيحة لأنها قربة في الحقيقة وفي معتقدهم ؛ ومثال الثاني أن يوصى بداره لبيعة أو كنيسة ، أو لبناء بيعة أو كنيسة ، أو أوصى أن تذيب خنازيره ويطعم المشركون فإنه يجوز . وقال أبو يوسف ومحمد : لا يجوز لأن ذلك معصية ، وفي الجواز تقريرها فلا تجوز . ولأبي حنيفة أن ذلك قربة في معتقدهم وقد أمرنا أن نتركهم وما يدينون ، قال عليه الصلاة والسلام « اتركوهم وما يدينون » أى يعتقدون فيجوز ذلك بناء على اعتقادهم . وأما قوله بأنه تقرير المعصية فليس بشيء لأن ذلك لو منع لما جاز قبول الجزية لأنه تقرير لكفرهم وبقائهم عليه ؛ ومثال الثالثة الوصية لمساجدنا بالعمارة والحج وغير ذلك فهي باطلة نظرا إلى اعتقادهم ؛ ومثال الرابعة الوصية للنوائح والمغنيات فإنه لا يجوز لأنه معصية عندنا وعندهم وفي جميع الأديان فلا وجه إلى الجواز ، ولو كان لقوم معلومين معينين جاز بطريق التملك لا بطريق الوصية والاستخلاف ، وكذلك الفصل الثالث .

حربى دخل دارنا بأمان فأوصى بجميع ماله لمسلم أو ذى جاز ، لأن عدم الجواز بما زاد على الثلث إنما كان لحق الورثة ، ألا ترى أنهم لو أجازوا جاز ، وليس للورثة حق محترم لكونهم في دار الحرب إذ هم كالأموات في أحكامنا فصار كأن لا وارث له فيصح .

كتاب الفرائض

وهي جمع فريضة فعيلة من الفرض ، وهو في اللغة : التقدير والقطع والبيان . قال تعالى - فنصف ما فرضتم - أى قدرتم ، ويقال : فرض القاضى النفقة : أى قدرها ، وقال تعالى - سورة أنزلناها وفرضناها - أى بينهاها ، ويقال : فرضت الفأرة الثوب : إذا قطعته . والفرض في الشرع : ما ثبت بدليل مقطوع به كالكتاب والسنة المتواترة والإجماع ، وسمى هذا النوع من الفقه فرائض لأنه سهام مقدرة مقطوعة مبينة ثبتت بدليل مقطوع به فقد اشتمل على المعنى اللغوى أو الشرعى ، وإنما خص بهذا الاسم لوجهين : أحدهما أن

يُبْدَأُ مِنْ تَرْكَةِ الْمَيْتِ بِتَجْهِيزِهِ وَدَفْنِهِ عَلَى قَدَرِهَا ثُمَّ تَقْضَى دَيُْونُهُ ،
ثُمَّ تُنْفَى وَصَايَاهُ مِنْ ثُلْثِ مَالِهِ ، ثُمَّ يُقَسَّمُ الْبَاقِي بَيْنَ وَرَثَتِهِ ،

الله تعالى سماه به ، فقال بعد القسمة - فريضة من الله - والنبي عليه الصلاة والسلام أيضا سماه به فقال « تعلموا الفرائض » والثاني أن الله تعالى ذكر الصلاة والصوم وغيرها من العبادات مجملا ولم يبين مقاديرها ، وذكر الفرائض وبين سهامها وقدرها تقديرا لا يحتمل الزيادة والنقصان ، فخص هذا النوع بهذا الاسم لهذا المعنى ، والإرث في اللغة البقاء ، قال عليه الصلاة والسلام « إنكم على إرث من إرث أبيكم إبراهيم » أى على بقية من بقايا شريعته ، والوارث الباقي وهو من أسماء الله تعالى : أى الباقي بعد فناء خلقه ، وسمى الوارث لبقائه بعد المورث . وفي الشرع : انتقال مال الغير إلى الغير على سبيل الخلافة ، فكان الوارث لبقائه انتقل إليه بقية مال الميت . ومن شرف هذا العلم أن الله تولى بيانه وقسمته بنفسه وأوضحه وضوح النهار بشمسه فقال - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين - إلى آخر الآيتين ، وقال سبحانه - يستفتونك قل الله يفتيكم في الكلالة - إلى آخر الآية ، فبين فيها أهم سهام الفرائض ومستحقها ، والباقي يعرف بالاستنباط لمن تأمل فيها ، والنبي عليه الصلاة والسلام أمر بتعليمها وحض عليه فقال « تعلموا الفرائض وعلموها الناس فلأنها نصف العلم ، ولأنها أول علم يدرس » وفي رواية « أول علم ينتزع من أمتي » والأحاديث والآثار في فضله كثيرة .

قال (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه ودفنه على قدرها ، ثم تقضى ديونه ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله ، ثم يقسم الباقي بين ورثته) فهذه الحقوق الأربعة تتعلق بركة الميت على هذا الترتيب . أما البداية بتجهيزه ودفنه فلأن اللباس وستر العورة من الحوائج اللازمة الضرورية وأنها مقدمة على الديون والنفقات وجميع الواجبات في حالة الحياة ، فكذلك بعد الممات وبالإجماع إلا حقا تعلق بعن كالرهن والعبد الجاني ، فإن المرتهن وولي الجناية أولى به من تجهيزه ، لأنهما أحق بذلك في حال الحياة من الحوائج الأصلية كستر العورة والطعام والشراب ، فكذلك بعد وفاته ، ويكفن في مثل ما كان يلبسه من الثياب الحلال حال حياته على قدر التركة من غير تقتير ولا تبذير اعتبارا لإحدى الحاليتين بالأخرى ، ويقدم على الوصية ، لأن الوصية تبرع واللازم أولى ، وعلى الورثة لأن المال إنما ينتقل إليهم عند غنائه ، ألا ترى أن حال حاجته وهي مدة حياته لا ينتقل إليهم ؟ قال عليه الصلاة والسلام « ابدأ بنفسك ثم بمن تعول » ثم تقضى ديونه من جميع ما بقي من ماله لقوله تعالى - من بعد وصية يوصي بها أو دين - وأنه يقتضى تأخر القسمة عن الدين والوصية ، ولا يقتضى تقدّم أحدهما على الآخر ، فان من قال : أعط زيدا بعد عمرو أو بكر لا يقتضى

وَيُسْتَحَقُّ الْإِرْثُ بِرَحِمٍ وَنِكَاحٍ وَوَلَاءٍ ، وَالْمُسْتَحَقُّونَ لِلتَّرَكَةِ عَشْرَةٌ أَصْنَافٌ مُرْتَبَةٌ : ذَوُو السَّهَامِ ثُمَّ الْعَصَبَاتُ النَّسَبِيَّةُ ثُمَّ السَّبَبِيَّةُ وَهُوَ الْمُعْتَقُ ، ثُمَّ عَصَبَتُهُ ، ثُمَّ الرَّدُّ ، ثُمَّ ذَوُو الْأَرْحَامِ ، ثُمَّ مَوْلَى الْمَوَالَةِ ، ثُمَّ الْمُقَرَّرُ لَهُ يَنْسَبُ لَمْ يَثْبُتْ ، ثُمَّ الْمُوصَى لَهُ بِمَا زَادَ عَلَى الثَّلْثِ ، ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ . وَالْمَانِعُ مِنَ الْإِرْثِ : الرِّقُّ وَالْقَتْلُ وَاخْتِلَافُ الْمِلَّتَيْنِ ، وَاخْتِلَافُ الدَّارَيْنِ حُكْمًا .

تقدم أحدهما على الآخر لكن يقتضى تأخر زيد عنهما في الإعطاء فكانت الآية مجملة ، وقد بلغنا أن النبي عليه الصلاة والسلام قدم الدين على الوصية فكان بياناً لحكم الآية ، رواه عنه علي رضي الله عنه ، ولأن الدين مستحق عليه ، والوصية تستحق من جهته ، والمستحق عليه أولى لأنه مطالب به ، لأن فراغ ذمته من أهم حوائجه ، قال عليه الصلاة والسلام « الدين حائل بينه وبين الجنة » ولأن أداء الفرائض أولى من التبرعات ، ثم تنفذ وصاياه من ثلث ماله بعد قضاء الدين ، فإن كانت الوصية بعين تعتبر من الثلث وتنفذ ، وإن كانت بجزء شائع كالثلث والربع فالموصى له شريك الورثة يزداد نصيبه بزيادة التركة وينقص بنقصانها فيحسب المال ويخرج نصيب الوصية كما يخرج نصيب الوارث وتقدم على قسمة التركة بين الورثة لما تلونا ، فإن اللفظ يقتضى تأخر القسمة عن الدين والوصية عملاً بكلمة « بعد » ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله تعالى للآيات الثلاث . قال (ويستحق الإرث برحم ونكاح وولاء) أما الرحم والنكاح فبالكتاب والإجماع ، وأما الولاء فلما يأتي إن شاء الله تعالى (والمستحقون للتركة عشرة أصناف مرتبة : ذوو السهام ، ثم العصبات النسبية ، ثم السببية وهو المعتق ، ثم عصبته ، ثم الرَّدُّ ، ثم ذوو الأرحام ، ثم مولى الموالاة ، ثم المقر له بنسب لم يثبت) وقد ذكر في الإقرار (ثم الموصى له بما زاد على الثلث) وقد مر في الوصايا (ثم بيت المال) لأن المال متى خلا عن مستحق ومالك فصرفه بيت المال كاللقطة والضال ، وسنذكر لكل صنف فصلاً نبين فيه حكمه إن شاء الله تعالى . قال (والمانع من الإرث : الرق والقتل ، واختلاف الملتين ، واختلاف الدارين حكماً) على ما يأتيك بتوفيق الله تعالى .

فصل : في ذوى السهام

رهم أصحاب الفروض ، وهم كل من كان له سهم مقدّر في كتاب الله تعالى أو في سنة رسوله عليه الصلاة والسلام أو بالإجماع ، ويبدأ بهم ، لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى عصبه ذكر » وهم اثنا عشر نفراً : عشرة من النسب ، واثنتان من السبب . أما العشرة من النسب : فثلاثة من الرجال ، وسبعة من النساء .

أما الرجال فالأول الأب ، وله ثلاثة أحوال : الفرض المحض ، وهو السدس مع الابن وابن الابن وإن سفل ، قال الله تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد - والتعصيب المحض ، وذلك عند عدم الولد وولد الابن ، قال تعالى - فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث - فعلمنا أن الباقي للأب وهو آية العصوبة والتعصيب والفرض ، وذلك مع البنت وبنت الابن فله السدس بالفرض ، والنصف للبنت ، أو الثلثان للبنتين فصاعدا والباقي له بالتعصيب لقوله عليه الصلاة والسلام « فما أبقت فلاولى عصة ذكر ، والثاني الجدة » والمراد الجدة الصحيح وهو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى ، وهو بمنزلة الأب عند عدمه على ما يذكر فى باب إن شاء الله تعالى ، ولأن اسم الأب ينطلق عليه ، قال تعالى خبرا عن يوسف عليه السلام - واتبعت ملة آبائي إبراهيم وإسمحق جده وإبراهيم جد أبيه . والثالث الأخ لأم وله السدس وللإثنين فصاعدا الثلث وإن اجتمع الذكور والإناث استووا فى الثلث ، قال تعالى « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث - وقرأ آتى وسعد بن أبى وقاص - وله أخ أو أخت لأم - وقرأتهما كروايتهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فألحق بيانا له ، وعليه إجماع الصحابة رضى الله عنهم .

وأما النساء فالأولى البنت ولها النصف إذا انفردت ، وللبنتين فصاعدا الثلثان ، قال تعالى - فإن كنّ نساء فوق اثنتين فلهنّ ثلثا ما ترك وإن كانت واحدة فلها النصف - . قال عامة المفسرين : المراد الثلثان فصاعدا ، وفى الآية تقديم وتأخير تقديره : وإن كنّ نساء اثنتين فما فوقهما ، ونظيره قوله تعالى - فاضربوا فوق الأعناق - أى الأعناق فما فوقها ، وقيل فوق زائدة فى الآيتين ، وعلى ذلك عامة العلماء ، إلا ما روى عن ابن عباس أنه قال : للواحدة النصف ، وللثنتين النصف ، وما زاد فلهنّ الثلثان. عملا بظاهر اللفظ ، وجوابه أنه احتمل أن يراد ما ذكر ، واحتمل ما ذكرنا فوق الشك فاحتجنا إلى مرجع من خارج وهو معنا فى صريح السنة ، وهو ما روى أن سعد بن الربيع استشهد يوم أحد وترك ابنتين وأخا وامرأة ، فأخذ أخوه المال وكان إذ ذاك يرث الرجال دون النساء ، فجاءت زوجته إلى النبي عليه الصلاة والسلام وقالت : يا رسول الله إن هاتين ابنتي سعد قتل يوم أحد وأخذ عهما المال ولا ينكحان إلا ولهما مال ، فقال عليه الصلاة والسلام : ارجعى ففعل الله تعالى أن يقضى فى ذلك فنزلت هذه الآية ، فبعث عليه الصلاة والسلام إلى عهما أن أعطهما ثلثي المال ولأمهما ثمنه والباقي لك فكانت أول ميراث قسم فى الإسلام ، ولأن البنت تستحق الثلث مع الابن وهو أقوى حالا منها فلأن تستحقه مع البنت وهى مثاها

في القوة والاستحقاق كان أولى ، ولأنا أجمعنا على أن الأختين يستحقان الثلثين ، فلأن
يستحقهما البنات وهما أقرب وألزم كان أولى .

الثانية بنت الابن وللواحدة النصف وللثنتين فصاعدا الثلثان ، فهن كالصلبيات عند عدم ولد الصلب ، لأن اسم الولد ينطلق عليهن حقيقة وشرعا ، فإنه كان السبب في توليدهن إلا أن أولاد الابن يدلون إلى الميت بالابن وبسببه يرثون فيحجبون به كالجدة مع الأب والجدات مع الأم ، ولا يلزم أولاد الأم حيث يرثون مع الأم وإن كانوا يدلون بها ، لأن السبب مختلف فإن الأم ترث بالأمومة وهم بالأخوة ولأنها تستحق جميع التركة ، وللواحدة فصاعدا من بنات الابن السدس مع الصلبية تكملة الثلثين لما روى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه « أن النبي عليه الصلاة والسلام قضى في بنت وبنت ابن وأخت للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين وللأخت الباقي » وبنت ابن الابن مع بنت الابن كبنت الابن مع الصلبية ، وإذا استكملت البنات الثلثين سقط بنات الابن ، لأن حق البنات الثلثين بنص الكتاب ، وبنات الابن يرثن بالبنتية عند عدم ولد الصلب ، فإذا استكملت الصليبيات الثلثين لم يبق لجهة البنتية نصيب فسقط بنات الابن ، إلا أن يكون في درجتهم أو أسفل منهن ذكر فيعصبهن فيكون الباقي بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، مثاله بنتان وبنت ابن للبنتين الثلثان ، ولا شيء لبنت الابن ، وإن كان مع بنت الابن أخوها أو ابن عمها فللبنتين الثلثان ولبنت الابن وأخيها أو ابن عمها الباقي للذكر مثل حظ الأنثيين .

بنتان وبنت ابن وبنت ابن ابن وابن ابن ابن ، للبنتين الثلاث والباقي بين بنت الابن ومن
دونها للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ولو ترك ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض وثلاث
بنات ابن ابن بعضهنّ أسفل من بعض ، وثلاث بنات ابن ابن ابن بعضهنّ أسفل من
بعض ، وصورته إذا كان لابن الميت ابن وبنت ، ولابن ابنة ابن وبنت ، ولابن ابن ابنة
ابن وبنت ، فمات البنون وبقي البنات ، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن ، وهذه صورتها :

ابن	ابن	ابن
ابن بنت	ابن	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن
ابن بنت	ابن بنت	ابن بنت
ابن بنت	ابن بنت	
ابن بنت		

فالعليا من الفريق الأوّل لا يوازيها أحد ، والوسطى
من الفريق الأوّل توازيها العليا من الفريق الثاني ،
والسفلى من الفريق الأوّل توازيها الوسطى من الفريق
الثاني ، والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق
الثاني توازيها الوسطى من الفريق الثالث ، والسفلى
من الفريق الثالث لا يوازيها أحد ، فالعليا من الفريق
الأوّل النصف والسدس تكمله الثلثين للوسطى من

الفريق الأول ، والعليا من الفريق الثاني لاستوائيهما في الدرجة ولا شيء للباقيات ، فإن كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمسال بينه وبينها للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات ، وإن كان مع الوسطى من الفريق الأول غلام فالنصف للعليا من الفريق الأول ، والباقي بين الغلام ومن في درجته للذكر مثل حظ الأنثيين ، وإن كان مع السفلى من الفريق الأول فالنصف للعليا من الفريق الأول والسدس للوسطى منه مع من يوازها تكلة الثلثين والباقي بين الغلام ومن يوازيه للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات وإن كان مع السفلى من الفريق الثاني فالنصف للعليا من الفريق الأول ، والسدس تكلة الثلثين للوسطى منه ولمن يوازها ، والباقي بين الغلام ومن يوازيه ومن هو أعلى منه ممن لا فرض له للذكر مثل حظ الأنثيين وسقط الباقيات وعلى هذا .

والأصل في هذا أن بنت الابن تصير عصبه بابن الابن سواء كان في درجتها أو أسفل منها إذا لم تكن صاحبة فرض ، لأن الجارية التي توازي الغلام إنما ورثت بسبب الغلام بعد استكمال الصليبات الثلثين لأنها لولاه لما ورثت ، فلأن ترث بسبب جارية أقرب منه إلى الميت كان أولى . وأما صاحبة الفرض فقد استقلت بالفرض فلا تصير تابعة لمن هو أسفل منها في الاستحقاق ، وهذا الفصل يسمى التشيب ، إما لأن التشيب الوصف والبيان ، ومنه التشيب في الشعر لأنه ذكر وصف النساء وبيان صفاتهن ، أو لترتيب درجات بنات الابن بنتا تحت بنت كأنجاش الشابة (١) ، وهذه نبذة منه ، والباقي يعرف بالتأمل ، والقياس عليه .

والثالثة الأم ، ولها ثلاثة أحوال : السدس مع الولد وولد الابن واثنين من الإخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، والثلث عند عدم هؤلاء ، قال تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد فإن لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث فإن كان له إخوة فلأمه السدس - وقال ابن عباس : إنما يحجبها من الثلث إلى السدس ثلاثة من الإخوة

(١) قوله كأنجاش الشابة ، كذا بالأصل الذي بأيدينا ، وفي نسخة أخرى : كأنجاش الشابة ، وعبارة الزيلعي : وهذا النوع من المسائل يسمى في عرف الفرضيين تشيب بنات الابن إذا ذكرن مع اختلاف الدرجات ، وهو إما مشتق من قولهم : شب فلان بفلانة : إذا أكثر ذكرها في شعره ، وتشيب القصيدة تحسينها وتزينها بذكر النساء ، أو من شب النار إذا أوقدها ، لأن فيه تركية للخواطر ، أو من شب الفرس يشب ، ويشب شبابا : إذا رفع يديه جميعا ، أو أشبته أنا إذا هيجته لذلك لأنه خروج وارتفاع من درجة إلى أخرى كحال الفرس في نزواته : أي وثباته اه .

فصاعدا نظرا إلى لفظ الجمع ، وجوابه أن الجمع يذكر بمعنى الثنية ، قال تعالى - فقد صفت قلوبكما - ولأن الجمع من الاجتماع وأنه يتحقق باجتماع الاثنين . وروى أن ابن عباس قال لعثمان رضى الله عنهما : إن الله تعالى حجب بالإخوة ، والاثنان في اللسان ليسا بإخوة فقال : قد كان ذلك قبلى فلا أستطيع أن أدراه ، فدل أنه كان إجماعا . وثالث ما يبق بعد فرض الزوج والزوجة في مستلتي : زوج وأبوان ، أو زوجة وأبوان لها في المسئلة الأولى السدس وفي الثانية الربع ، وتسميان العمريتين ، لأن عمر رضى الله عنه أول من قضى فيهما ، وخالف ابن عباس فيهما جميع الصحابة فقال : لها الثلث نظرا إلى قوله تعالى - فلأمه الثلث - ولنا قوله تعالى - وورثه أبواه فلأمه الثلث - جعل لها ثلث ما يرثه الأبوان ، وإنما يرثان في هاتين المستلتين الباقي بعد فرض الزوجين فيكون لها ثلثه وهو ما ذكرنا ، ولأننا لو أعطيناها ثلث الكل أدى إلى تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما في سبب الاستحقاق والقرب وأنه خلاف الأصول ، ولو كان مكان الأب جد في المستلتين فلها الثلث كاملا ، وفيه رواية أخرى تأتي في باب الجدة إن شاء الله تعالى ، ووجهها أنها أقرب من الجدة لأنها تدلى إلى الميت بغير واسطة والجدة تدلى بواسطة الأب ، والتفاضل يجوز عند اختلاف القرب كزوجة وأخت لأبوين وأخ لأب ، للزوجة الربع ، وللأخت النصف ، وللأخ ما بقى وهو الربع .

والرابعة الجدة الصحيحة كأم الأم وإن علت ، وأم الأب وإن علا وكل من يدخل في نسبها أب بين أمين فهي فاسدة ، وللواحدة الصحيحة السدس لما روى : أن جدة أم أم جاءت إلى أبي بكر رضى الله عنه وطلبت ميراثها فقال : لأجد لك في كتاب الله شيئا ولم أسمع فيك من رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا فارجمي حتى أسأل لك أصحابي أو أرى فيك رأيي ، فصلى الظهر ثم خطب فقال : هل سمع أحد منكم شيئا في الجدة من رسول الله صلى الله عليه وسلم ؟ فقام المغيرة بن شعبة رضى الله عنه فقال : أشهد أني أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى للجدة السدس ، وفي رواية : أطمع الجدة السدس ، فقال : هل معك شاهد آخر ؟ فقال محمد بن مسلمة : أنا أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم بمثل ما شهد به المغيرة ، فقضى لها بالسدس . وجاءت أم أب في زمن عمر رضى الله عنه فقضى لها بالسدس ، ولو اجتمعن وتحاذين فلهن السدس أيضا ، لما روى « أنه عليه الصلاة والسلام أطمع ثلاث جدات السدس » رواه الطحاوى ، وتمامه يذكر في فصل الجدات إن شاء الله تعالى .

الخامسة الأخوات لأب وأم ، للواحدة النصف ، وللتنتين فصاعدا الثلثان ، لقوله تعالى

.

- إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك - ثم قال - فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » .

السادسة : الأخوات لأب ، وهن " كالأخوات لأبوين عند عدمهن " ، لأن اسم الأخت في الآية يتناول الكل ، إلا أن الإخوة والأخوات لأبوين يقدمون لقوة القرابة لأنهم يدلون بجهتين ، وعند عدمهم جرينا على قضية النص " وللواحدة فصاعدا من الأخوات لأب السدس مع الأخت لأبوين تكملة الثلثين ، وهن مع الأخوات لأبوين كبنات الابن مع الصليبيات فيحجبون بالأخ من الأبوين وبالأخ والأخت ، ولا يحجبون بالأخت الواحدة كما تقدم ، وإذا استكمل الأخوات من الأبوين الثلثين سقط الأخوات من الأب ، إلا أن يكون معهن أخ فيعصبين " ، والوجه فيه مأمّر في بنات الابن .

السابعة : الأخوات لأم ، فللواحدة السدس ، وللثنتين فصاعدا الثلث ، وتماه مرّ في الأخ لأم . وأما الاثنان من السبب فالزوج والزوجة ، فللزوج النصف عند عدم الولد وولد الابن ، والرّبع مع الولد أو ولد الابن ، وللزوجة الرّبع عند عدمهما ، والثمن مع أحدهما بذلك نطق صريح الكتاب ، والزوجات والواحدة يشتركن في الرّبع والثمن لقوله تعالى - فلهن - وهو اسم جمع وعليه الإجماع .

فصل

ومن اجتمع فيه قرابتان : لو تفرقتا في شخصين ورثا ورث بهما ويجعل كشخصين إذ كل واحدة مستقلة في سبب الاستحقاق . مثاله : ماتت عن زوج وهو ابن عمها النصف له بالزوجية والباقي بالعمومة . ماتت عن ابني عم أحدهما أخ لأم فللأخ السدس بالأخوة والباقي بينهما بالعمومة ولو ماتت عن ابني عم أحدهما زوج فللزوج النصف والباقي بينهما بالعمومة . ماتت عن أختين إحداها معتقة ، فالثلثان بينهما بالأخوة والباقي للمعتقة وهذا بالإجماع

أما الجدات ، قال أبو يوسف : يقسم بينهما باعتبار الأبدان ، وعند محمد باعتبار الجهات . مثاله : جدتان إحداها لها قرابتان كأُم الأم وهي أُم أب أب ، والأخرى لها قرابة واحدة كأُم الأب فالسدس بينهما نصفان عند أبي يوسف وعند محمد أثلاثا . وصورته : امرأة تزوّج ابن ابنها بنت بنتها فأولدها ابنا فهذه أُم أم هذا الابن وهي أُم أب أبيه ، وكذا لو تزوّج ابن بنتها بنت لها أخرى فأولدها ابنا كانت أُم أم أمه وأُم م أبيه ، فان تزوّج هذا الابن بنت بنت بنت لها أخرى فأولدها ابنا صارت أُم أم أمه وأُم أم أم

وَالسَّهَامُ الْمَفْرُوضَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : الثَّمَنُ وَالسُّدُسُ ، وَتَضْعِيفُهُمَا مَرَّتَيْنِ ، فَالْثَّمَنُ ذِكْرُهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَرَضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبْعُ فِي فَرَضِهَا وَفَرَضِ الزَّوْجِ ، وَالنِّصْفُ فِي فَرَضِ الزَّوْجِ وَالْبِنْتِ وَالْأُخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْأَبِ وَالْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَالثَّلَاثُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِأُمِّ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ .

فصل في العصبات

وَهُمْ نَوْعَانِ : عَصَبَةٌ بِالنِّسَبِ ، وَعَصَبَةٌ بِالسَّبَبِ . أَمَّا النَّسَبِيَّةُ فَثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٌ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي نِسَبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْثَى وَأَقْرَبُهُمْ جُزْءُ الْمَيِّتِ ، وَهُمْ بَنُوهُ

أَبِيهِ ، فَيَكُونُ لَهَا ثَلَاثُ جِهَاتٍ ؛ وَلَوْ تَزَوَّجَ هَذَا الْإِبْنُ بِنْتَ بِنْتِ بِنْتِ لَهَا أُخْرَى فَأُولَئِكَ ابْنَا كَانَتْ جَدَّةٌ لَهُ مِنْ أَرْبَعِ جِهَاتٍ ، وَعَلَى هَذَا يُمْكِنُ تَكْثِيرُ الْجِهَاتِ .

فصل

(وَالسَّهَامُ الْمَفْرُوضَةُ فِي كِتَابِ اللَّهِ تَعَالَى : الثَّمَنُ وَالسُّدُسُ وَتَضْعِيفُهُمَا مَرَّتَيْنِ) فَتَصِيرُ سِتَّةً لِأَنَّ تَضْعِيفَ الثَّمَنِ الرَّبْعَ ، وَتَضْعِيفَ الرَّبْعِ النِّصْفَ ، وَتَضْعِيفَ السُّدُسِ الثَّلَاثَ ، وَتَضْعِيفَ الثَّلَاثِ الثَّلَاثَانِ (فَالْثَّمَنُ ذَكَرَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِي فَرَضِ الزَّوْجَةِ ، وَالرُّبْعُ فِي فَرَضِهَا وَفَرَضِ الزَّوْجِ ، وَالنِّصْفُ فِي فَرَضِ الزَّوْجِ وَالْبِنْتِ وَالْأُخْتِ ، وَالسُّدُسُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْأَبِ وَالْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الْأُمِّ ، وَالثَّلَاثُ فِي فَرَضِ الْأُمِّ وَالْإِخْوَةِ لِأُمِّ ، وَالثَّلَاثَانِ لِلْبَنَاتِ وَالْأَخَوَاتِ) وَأَمَّا الْكُلُّ فَانَّهُ ذَكَرَهُ فِي مَوْضِعَيْنِ : أَحَدُهُمَا نَصًا ، وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ - وَالثَّانِي ذَكَرَهُ اقْتِضَاءً وَهُوَ قَوْلُهُ تَعَالَى - وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ - فَيَكُونُ لِلْإِبْنِ الْكُلُّ ضَرُورَةً وَاقْتِضَاءً ، وَالثَّابِتُ اقْتِضَاءً كَالنَّصِّ ، فَهَذِهِ سَهَامُ الْفَرَائِضِ لَا تَخْرُجُ عَنْهَا فَرِيضَةٌ إِلَّا عِنْدَ الْعَوْلِ وَالرَّدِّ عَلَى مَا يَأْتِيكَ فِي مَوْضِعِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا الْمُسْتَحْقِقِينَ لِهَذِهِ السَّهَامِ وَحَالَاتِهِمْ .

فصل في العصبات

وَهُمْ كُلٌّ مِنْ لَيْسَ لَهُ سَهْمٌ مُقَدَّرٌ وَيَأْخُذُ مَا بَقِيَ مِنْ سَهَامِ ذَوِي الْفَرَائِضِ ، وَإِذَا انْفَرَدَ أَخَذَ جَمِيعَ الْمَالِ (وَهُمْ نَوْعَانِ : عَصَبَةٌ بِالنِّسَبِ وَعَصَبَةٌ بِالسَّبَبِ . أَمَّا النَّسَبِيَّةُ فَثَلَاثَةٌ أَنْوَاعٌ : عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ، وَهُوَ كُلُّ ذَكَرٍ لَا يَدْخُلُ فِي نِسَبَتِهِ إِلَى الْمَيِّتِ أَنْثَى وَأَقْرَبُهُمْ جُزْءُ الْمَيِّتِ وَهُمْ بَنُوهُ

ثُمَّ بَنَوْهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، ثُمَّ أَصْلُهُ وَهُوَ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ جِزْءُ أَبِيهِ ،
ثُمَّ بَنَوْهُمْ ، ثُمَّ جِزْءُ جَدِّهِ ، ثُمَّ بَنَوْهُمْ ، ثُمَّ أَعْمَامُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنَوْهُمْ ،
ثُمَّ أَعْمَامُ الْجَدِّ ، ثُمَّ بَنَوْهُمْ وَهَكَذَا . وَعَصَبَةُ بَغْيَرِهِ ، وَهُمْ أَرْبَعٌ مِنَ
النِّسَاءِ يَصِرْنَ عَصَبَةً بِأَخَوَاتِهِنَّ ، فَالْبَنَاتُ بِالْأَبْنِ ، وَبَنَاتُ الْإِبْنِ بِابْنِ الْإِبْنِ ،
وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ بِأَخِيهِنَّ ، وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ بِأَخِيهِنَّ .

قال تعالى - ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد - قدم الابن في التعصيب
على الأب فيكون مقدما على من بعده بطريق الأولى (ثم بنوهم وإن سفلوا) لدخولهم
في اسم الولد . روى عن أبي بكر وعليّ وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت رضي
الله عنهم أنهم قالوا : أقرب العصابات الابن ثم ابن الابن ، والأب وإن كان أقرب من
ابن الابن فهو صاحب فرض مع الابن وبنيه ، والمعتبر في الترجيح الاستحقاق بجهة
التعصيب لا بالفرض كما بن الأخ لأب يرث مع الأخت لأبوين وإن كانت أقرب وأقوى
جهة (ثم أصله وهو الأب) لقوله تعالى - وورثه أبواه فلأُمه الثلث - يعنى الباقي للأب
فثبت أنه أحقّ بالتعصيب من الجد والإخوة ولأن من بعده يدلّ به (ثم الجد) وفيه خلاف
يأتى في بابيه إن شاء الله تعالى (ثم جزء أبيه) وهم الإخوة لقوله تعالى - وهو يرثها إن لم يكن
لها ولد - جعله أولى بجميع المال في الكلاله وهو الذى لا ولد له ولا والد (ثم بنوهم ثم جزء
جده) وهم الأعمام (ثم بنوهم ثم أعمام الأب ثم بنوهم ثم أعمام الجد ثم بنوهم وهكذا)
لأنهم في القرب والدرجة على هذا الترتيب ، فيكونون في الميراث كذلك كما في ولاية
الإنكاح . وإذا اجتمعت العصابات فإنه يورث الأقرب فالأقرب لقوله عليه الصلاة والسلام
« فلأولى عصبه ذكر » ولأن علة الاستحقاق القرب والعلية في الأقرب أكثر فتقدم كما
في النكاح . وقد روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي عليه الصلاة والسلام
« أنه جعل المال للأخ لأب وأم ، ثم للأخ لأب ، ثم لابن الأخ لأب وأم ، ثم لابن الأخ
لأب وساق ذلك في العمومة » ومن كان منهم لأبوين أولى من كان لأب لأنه أقوى قرابة
حيث يدلّ بجهتين الأب والأم ، ولما تقدم من الحديث ولقوله عليه الصلاة والسلام
« إن أعيان بنى الأب والأم يتوارثون دون بنى العلات » وإذا اجتمع جماعة من العصبه
في درجة واحدة يقسم المال عليهم باعتبار أبدانهم لا باعتبار أصولهم . مثاله : ابن أخ
وعشرة بنى أخ آخر ، أو ابن عم وعشرة بنى عم آخر ، المال بينهم على أحد عشر
سهما لكل واحد سهم (وعصبه بغيره وهم أربع من النساء يصرن عصبه بأخواتهن ، فالبنات
بالابن وبنات الابن بابن الابن) لقوله تعالى - يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظّ
الأنثيين - (والأخوات لأب وأم بأخيهن ، والأخوات لأب بأخيهن) لقوله تعالى - وإن

وَعَصَبَةٌ مَعَ غَيْرِهِ ، وَهُمْ الْأَخَوَاتُ لِأَبَوَيْنِ أَوْ لِأَبٍ يَصِرْنَ عَصَبَةً مَعَ
الْبَنَاتِ وَبَنَاتِ الْإِبْنِ . وَعَصَبَةٌ وَلَدَ الزَّنا وَوَلَدَ الْمَلَاعِنَةِ مَوَالِي أُمَّهُمَا ،
وَالْمَعْتِقُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ ثُمَّ عَصَبَتُهُ عَلَى التَّرْتِيبِ وَهُوَ آخِرُ الْعَصَبَاتِ .

فصل الحجب

سِتَّةٌ لَا يُحْجَبُونَ أَصْلًا : الْأَبُ وَالْإِبْنُ وَالزَّوْجُ وَالْأُمُّ وَالْبِنْتُ وَالزَّوْجَةُ ،
وَمَنْ عَدَا هَؤُلَاءِ فَلْأَقْرَبُ يُحْجَبُ الْأَبْعَدُ ،

كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين - (وعصبة مع غيره وهم الأخوات
لأبوين أو لأب يصرن عصبة مع البنات وبنات الابن) لما تقدم من حديث ابن مسعود ،
ولقوله عليه الصلاة والسلام « اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة » . مثاله : بنت وأخت
لأبوين وأخ أو إخوة لأب فالنصف للبنت والنصف للأخت ولا شيء للإخوة ، لأنها لما
صارت عصبة صارت كالأخ من الأبوين (وعصبة ولد الزنا وولد الملاعنة موالى أمهما)
لأنه لأب له ، والنبي عليه الصلاة والسلام ألحق ولد الملاعنة بأمه فصار كشخص لا قرابة له
من جهة الأب فيرثه قرابة أمه ويرثهم ، فلو ترك بنتا وأما والملاعن ، فللبنت النصف وللأم
السدس والباقي يردّ عليهما كأن لم يكن له أب ، وكذلك لو كان معهما زوج أو زوجة أخذ
فرضه والباقي بينهما فرضا وردّا ، ولو ترك أمه وأخاه لأمه وابن الملاعن فلأمه الثلث
ولأخيه لأمه السدس والباقي يردّ عليهما ولا شيء لابن الملاعن لأنه لأخ له من جهة الأب ؛
ولومات ولد ابن الملاعنة ورثه قوم أبيه وهم الإخوة ولا يرثونه قوم جده وهم الأعمام
وأولادهم ، وبهذا يعرف بقية مسائله ، وهكذا ولد الزنا إلا أنها لا يفرقان في مسألة واحدة
وهو أن ولد الزنا يرث من توأمه ميراث أخ لأم ، وولد الملاعنة يرث التوأم ميراث أخ
لأب وأم . (و) أما العصبة بسبب (المعتق) وهو (عصبة بنفسه ثم عصبته على) ما ذكرنا
من (الترتيب وهو آخر العصبات) لأن عصبوتهم حقيقية وعصبوته حكمية . قال عليه
الصلاة والسلام « الولاء لحمه كلحمه النسب » ولأنه أحياء معنى بالإعتاق فأشبه الولادة
وتماه يأتي في فصله إن شاء الله تعالى .

فصل الحجب

وهو نوعان : حجب نقصان ، وحجب حرمان ، فحجب النقصان هو الحجب من
سهم وقد تقدم . وأما حجب الحرمان فنقول (ستة لا يحجبون أصلا : الأب والابن والزوج
والأم والبنت والزوجة) لأن فرضهم ثابت بكل حال لثبوته بدليل مقطوع به وهو ما تلونا
من صريح الكتاب (ومن عدا هؤلاء فالأقرب يحجب الأبعد) كالابن يحجب أولاد الابن

وَمَنْ يُدْلَى بِشَخْصٍ لَا يَرِثُ مَعَهُ إِلَّا أَوْلَادَ الْأُمِّ ، وَالْمَحْرُومُ لَا يَحْجُبُ
كَالْكَافِرِ وَالْقَاتِلِ وَالرَّقِيقِ ، وَالْمَحْجُوبُ يَحْجُبُ كَالْإِخْوَةِ وَالْأَخَوَاتِ يَحْجُبُهُنَّ
الْأَبُ ، وَيَحْجُبُونَ الْأُمَّ مِنَ الثَّلَاثِ إِلَى السُّدُسِ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الْأَعْيَانِ بِالْإِبْنِ
وَابْنِهِ وَبِالْأَبِ ، وَفِي الْجَدِّ خِلَافٌ ، وَيَسْقُطُ بَنُو الْعَلَاتِ بِهِمْ وَيَهْزُلُ الْأُمُّ ،
وَيَسْقُطُ بَنُو الْأَخْيَافِ بِالْوَلَدِ وَوَلَدِ الْإِبْنِ وَالْأَبِ وَالْجَدِّ ،

وَالْأَخُ لِأَبَوَيْنِ يَحْجُبُ الْإِخْوَةَ لِأَبٍ (وَمَنْ يُدْلَى بِشَخْصٍ لَا يَرِثُ مَعَهُ إِلَّا أَوْلَادَ الْأُمِّ)
وَقَدْ تَقَدَّمَ وَجْهَهُ .

أمثلة ذلك : زوج وأخت لأبوين وأخت لأب ، للزوج النصف ، وللأخت لأبوين
النصف ، وللأخت لأب السدس تكملة الثلثين ، أصلها من ستة تعول إلى سبعة ، فان كان
مع الأخت لأب أخ عصمها فلا ترث شيئا فهذا الأخ المشئوم . زوج وأبوان وبنت وبنت
ابن أصلها من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر للزوج الربع ثلاثة ، وللأبوين السدسان
أربعة ، وللبنات النصف ستة ، ولبنات الابن السدس سهمان ، ولو كان مع بنت الابن ابن
عصمها فسقطت وتعول إلى ثلاثة عشر ، وهذا أيضا أخ مشئوم . أختان لأبوين وأخت لأب
فالسالم للأختين فرضا وردا ، ولا شيء للأخت لأب ، فان كان معها أخوها عصمها فلها
الباقى وهو الثلث للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهذا الأخ المبارك (والمحروم لا يحجب كالكافر
والقاتل والرقيق) لانقصانا ولا حرمانا ، لأنهم لا يرثون لعدم الأهلية ، والعلة تنعدم لفقد
الأهلية وتفوت بفوات شرط من شرائطها كبيع المجنون ، وإذا انعدمت العلية في حقهم
التحقوا بالعدم في باب الإرث . وعن ابن مسعود رضى الله عنه : أنه يحجب حجب نقصان
ويظهر ذلك في مسائل العول (والمحجوب يحجب كالأخوة ، والأخوات يحجبهم الأب ،
ويحجبون الأم من الثلث إلى السدس) لأن علة الاستحقاق موجودة في حقهم ، لكن امتنع
بالحاجب وهو الأب فجاز أن يظهر حجبا في حق من يرث معها (ويسقط بنو الأعيان)
وهم الإخوة لأبوين (بالابن وابنه وبالأب ، وفي الجد خلاف) لأنهم أقرب (ويسقط
بنو العلات) وهم الإخوة لأب (بهم وبهؤلاء) لما بينا وبالحديث (ويسقط بنو الأخياف)
وهم الإخوة لأم (بالولد وولد الابن والأب والجد) بالاتفاق ، لأن شرط توريثهم كون
الميت يورث كلاله بقوله تعالى - وإن كان رجل يورث كلالة - الآية ، والمراد أولاد
الأم لما تقدم ، والكلالة من لا ولد له ولا والد ، فلا يرث إلا عند عدم هؤلاء (وتسقط
جميع الجدات) الأبويات والأميات (بالأم) لما روى : أن النبي عليه الصلاة والسلام
إنما أعطى الجدة السدس إذ لم يكن للميت أم ، ولأن الأمية تدل على الميت بالأم وترث
بواسطتها فلا ترث معها لما تقدم أن الأقرب يحجب الأبعد فحجبا نصا وقياسا ،

وَتَسْقُطُ جَمِيعُ الْجَدَّاتِ بِالْأُمِّ ، وَتَسْقُطُ الْأَبَوِيَّاتُ بِالْأَبِ ، وَالْقُرْبَى مَحْجُوبٌ
الْبُعْدَى وَارِثَةٌ كَانَتْ أَوْ مَحْجُوبَةٌ .

فصل

الْعَوْلُ : هُوَ زِيَادَةُ السَّهَامِ عَلَى الْفَرِيضَةِ فَتَعُولُ الْمَسْأَلَةُ إِلَى سَهَامِ الْفَرِيضَةِ
وَيَدْخُلُ النُّقْصَانُ عَلَيْهِمْ بِقَدَرِ حِصَصِهِمْ .
وَاعْلَمْ أَنَّ أَصُولَ الْمَسَائِلِ سَبْعَةٌ : اِثْنَانِ وَثَلَاثَةٌ وَأَرْبَعَةٌ وَسِتَّةٌ وَثَمَانِيَةٌ
وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ . فَأَرْبَعَةٌ مِنْهَا لَا تَعُولُ : الْاِثْنَانِ وَالثَّلَاثَةُ
وَالْأَرْبَعَةُ وَالثَّمَانِيَّةُ . وَثَلَاثَةٌ تَعُولُ : السِّتَّةُ

أما الأبوية فحجبها نصا لاقياسا لأنها تدلى إلى الميت بالأب وترث فرضه ، فالقياس أن
لا تحجبها الأم (وتسقط الأبويات بالأب) كالجد مع الأب ، وكذلك يسقطن بالجد إذا كن
من قبله ، ولا تسقط أم الأب بالجد لأنها ليست من قبله ؛ فلو ترك أبا وأم أب وأم أم
فأم الأب محجوبة بالأب . واختلفوا ماذا لأم الأب ، قيل لها السدس لأن أم الأب لما
انحجبت لا تحجب غيرها ، وقيل لها نصف السدس لأنها من أهل الاستحقاق فتحجب وإن
حجبت كالإخوة مع الأم (والقربى تحجب البعدى وارثة كانت أو محجوبة) أما إذا كانت
وارثة فظاهرها لأنها تأخذ الفريضة فلا يبقى للبعدى شيء ، وأما إذا كانت محجوبة ، وصورتها
ترك أبا وأم أب وأم أم أم ، قيل الكل للأب لأنه حجب أمه وهى حجبت أم أم الأم لأنها
أقرب منها ، وقيل لها السدس لأن أم الأب محجوبة فلا تحجبها ، وقد تقدم الوجه فيهما .

فصل

(العول : هو زيادة السهام على الفريضة ، فتعول المسألة إلى سهام الفريضة ويدخل
النقصان عليهم بقدر حصصهم) لعدم ترجيح البعض على البعض كالدويون والوصايا إذا
ضاقَت التركة عن إيفاء الكل يقسم عليهم على قدر حقوقهم ، ويدخل النقص على الكل
كذا هذا ، ولأن الله تعالى لما جمع هذه السهام في مال لا يتسع للكل علمنا أن المراد إلحاق
النقص بالكل عملا باطلاق الجمع فكان ثابتا مقتضى جمع هذه السهام . والثابت بمقتضى
النص كالنائب بالنص ، وعلى ذلك إجماع الصحابة رضى الله عنهم ، إلا ابن عباس على
ما نبينه إن شاء الله تعالى .

(واعلم أن أصول المسائل سبعة : اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعة
وعشرون ، فأربعة منها لا تعول : الاثنان والثلاثة والأربعة والثمانية ، وثلاثة تعول : الستة

وَالْإِثْنَا عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةَ وَالْعِشْرُونَ ، فَالسَّتَةُ تَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ وَتَرَا وَشَفَعَا ،
وَأِثْنَا عَشَرَ تَعُولُ إِلَى ثَلَاثَةِ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ ، وَأَرْبَعَةَ
وَعِشْرُونَ تَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ لَا غَيْرُ .

وَالْإِثْنَا عَشَرَ وَالْأَرْبَعَةَ وَالْعِشْرُونَ ؛ فَالسَّتَةُ تَعُولُ إِلَى عَشْرَةٍ وَتَرَا وَشَفَعَا ، وَإِثْنَا عَشَرَ تَعُولُ إِلَى
ثَلَاثَةِ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ ، وَأَرْبَعَةَ وَعِشْرُونَ تَعُولُ إِلَى سَبْعَةِ وَعِشْرِينَ لَا غَيْرُ .
أَمْثَلَةُ الَّتِي لَا تَعُولُ : زَوْجٌ وَأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ ، لِلزَّوْجِ النِّصْفُ ، وَلِلْأَخْتِ النِّصْفُ . وَكَذَلِكَ
زَوْجٌ وَأَخْتُ لَأَبٍ ، وَتَسْمَى الْيَتِيمَتَيْنِ لِأَنَّهُ لَا يَوْرَثُ الْمَالَ بِفَرِيضَتَيْنِ مُتَسَاوِيَتَيْنِ إِلَّا فِي هَاتَيْنِ
الْمَسْأَلَتَيْنِ بِنْتُ وَعَصْبَةٍ نِصْفٌ وَمَا بَقِيَ ، أَصْلَاهَا مِنْ ثَلَتَيْنِ . أَخُوَانُ لَأُمٍّ وَأَخٌ لِأَبَوَيْنِ ثَلَاثٌ وَمَا
بَقِيَ . أَخْتَانُ لِأَبٍ وَأُمٍّ وَأَخٌ لَأَبٍ . ثَلَاثَانِ وَمَا بَقِيَ أَصْلَاهَا مِنْ ثَلَاثَةٍ . أَخْتَانُ لِأَبَوَيْنِ وَأَخْتَانُ لَأُمٍّ
ثَلَاثَانِ وَثَلَاثٌ . زَوْجٌ وَبِنْتُ وَعَصْبَةٍ رُبْعٌ وَنِصْفٌ وَمَا بَقِيَ أَصْلَاهَا مِنْ أَرْبَعَةٍ . زَوْجَةٌ وَبِنْتُ
وَعَصْبَةٍ ثَمْنٌ وَنِصْفٌ ، وَمَا بَقِيَ أَصْلَاهَا مِنْ ثَمَانِيَةٍ . زَوْجَةٌ وَابْنُ ثَمْنٍ وَمَا بَقِيَ مِنْ ثَمَانِيَةٍ .
أَمْثَلَةُ الْعَائِلَةِ : جَدَّةٌ وَأَخْتُ لَأُمٍّ وَأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ وَأَخْتُ لَأَبٍ ، أَصْلَاهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَصَحَّ
مِنْهَا جَدَّةٌ وَأَخْتَانُ لَأُمٍّ وَأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ وَأَخْتُ لَأَبٍ سَدَسٌ وَثَلَاثٌ وَنِصْفٌ وَسَدَسٌ . أَصْلَاهَا
مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إِلَى سَبْعَةٍ . زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأَخُوَانُ لَأُمٍّ نِصْفٌ وَسَدَسٌ وَثَلَاثٌ مِنْ سِتَّةٍ . وَتَسْمَى
مَسْأَلَةُ الْإِلْزَامِ لِأَنَّهُا لِلزَّامِ لِابْنِ عَبَّاسٍ ، لِأَنَّهُ إِنْ قَالَ كَمَا قُلْنَا فَقَدْ حُجِبَ الْأُمُّ بِأَخْوَيْنِ وَهُوَ
خِلَافُ مَذْهَبِهِ ، وَإِنْ جَعَلَ لِلْأُمِّ الثَّلَاثَ وَلِلْأَخْوَيْنِ السَّدَسَ فَقَدْ أَدْخَلَ النِّقْصَ عَلَى أَوْلَادِ
الْأُمِّ وَلَيْسَ مَذْهَبُهُ ، وَهُوَ خِلَافُ صَرِيحِ الْكِتَابِ ، وَإِنْ جَعَلَ لَهَا الثَّلَاثَ فَقَدْ قَالَ بِالْعَوْلِ .
زَوْجٌ وَأُمٌّ وَأَخْتُ لِأَبَوَيْنِ نِصْفٌ وَثَلَاثٌ وَنِصْفٌ ، أَصْلَاهَا مِنْ سِتَّةٍ وَتَعُولُ إِلَى ثَمَانِيَةٍ ، وَهِيَ
أَوَّلُ مَسْأَلَةٍ عَالَتْ فِي الْإِسْلَامِ ، وَقَعَتْ فِي صَدْرِ خِلَافَةِ عَمْرِ بْنِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَاسْتَشَارَ
الصَّحَابَةَ فِيهِ ، فَأَشَارَ الْإِبْرَاهِيمُ أَنْ يَقْسَمَ عَلَيْهِمْ بِقَدْرِ سَهْمِهِمْ فَصَارُوا إِلَى ذَلِكَ : وَفِي رِوَايَةٍ
أَنَّهُ قَالَ : لَا أَجِدُ لَكُمْ فَرَضًا فِي كِتَابِ اللَّهِ وَلَا أَدْرِي مِنْ قَدَمِهِ اللَّهُ تَعَالَى فَأَقْدَمَهُ ، وَلَا مِنْ
أُخْرَةٍ فَأَوْخَرَهُ ، وَلَكِنِّي رَأَيْتُ رَأْيَا فَإِنْ كَانَ صَوَابًا فَمِنْ اللَّهِ ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً فَمِنِّي ، أَرَى أَنْ
أَدْخُلَ النِّقْصَ عَلَى الْكُلِّ فَقَسَمَ بِالْعَوْلِ وَلَمْ يَخَالَفْ أَحَدٌ فِي ذَلِكَ إِلَى أَنْ انْتَهَى الْأَمْرُ إِلَى عُثْمَانَ ،
فَأَظْهَرَ ابْنُ عَبَّاسٍ الْخِلَافَ وَقَالَ : لَوْ قَدِمُوا مِنْ قَدَمِهِ اللَّهُ وَأُخَرُوا مِنْ أُخْرِهِ اللَّهُ مَا عَالَتْ
فَرِيضَةُ قَطْ ، فَقِيلَ لَهُ : مَنْ قَدَمَهُ اللَّهُ وَمَنْ أُخْرَهُ اللَّهُ ؟ قَالَ : الزَّوْجُ وَالزَّوْجَةُ وَالْأُمُّ وَالْجَدَّةُ
مِنْ قَدَمِهِ اللَّهُ ، وَأَمَّا مَنْ أُخْرَهُ اللَّهُ فَالْبَنَاتُ وَبَنَاتُ الْإِبْنِ وَالْأَخَوَاتُ لِأَبٍ وَأُمٍّ . وَالْأَخَوَاتُ
لِأَبٍ ، فَتَارَةٌ يَفْرُضُ لَهَا وَتَارَةٌ يَكُنَّ عَصْبَةً وَيَدْخُلُ النِّقْصَ عَلَى هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعِ ثُمَّ قَالَ :
مَنْ شَاءَ بِأَهْلَتِهِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَفِي رِوَايَةٍ : إِنْ الذِّي أَحْصَى رَمَلَ عَالِجٍ (١) لَمْ يَجْعَلْ

(١) عَالِجٌ ، قَالَ فِي مَخْتَارِ الصَّحَاحِ : وَعَالِجٌ مَوْضِعٌ بِالْبَادِيَةِ وَفِيهِ رَمَلٌ .

في المال نصفاً ونصفاً وثلاثاً ، فقيل له : هلا ذكرت ذلك في زمن عمر؟ قال : كان مهيباً فهابته ؛ وفي رواية : منعني درته إذ لم يكن لي دليل قطعي ، وإنما امتنع لأنه اجتهد فلم يأمن أن يصير محجوجاً ، ولو كان دليل ظاهر لما سكنت ولما خالف عمر رضي الله عنه وتسمى مسألة المبالغة . زوج وأم وأختان لأبوين ، أصلها من ستة وتعول إلى ثمانية ؛ زوج وأم وثلاث أخوات مصرفات ، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم سهم ، وللأخت لأم سهم ، وللأخت لأبوين ثلاثة ، وللأخت لأب سهم السدس تكملة الثلثين . زوج وأم وأختان لأم وأختان لأبوين نصف وثلث وسدس وثلثان ، أصلها من ستة وتعول إلى عشرة ، وتسمى أم الفروخ لأنها أكثر المسائل عولاً فشبهت الأربعة الزوائد بالفروخ ، وتسمى أيضاً الشريحية ، لأن شريحاً أول من قضى فيها . زوجة وأختان لأبوين وأخ لأب ، أصلها من اثني عشر وتصحّ منها . زوجة وجدة وأختان لأبوين ربع وسدس وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعول إلى ثلاثة عشر . امرأة وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وثلث وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعول إلى خمسة عشر . امرأة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين ربع وسدس وثلث وثلثان ، أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر . ثلاث نسوة وجدتان وأربع أخوات لأم وثماني أخوات لأبوين ، أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر ، وتسمى أمّ الأرامل لأنه ليس فيها ذكر وهي من المعايعة ، يقال : رجل مات وترك سبعة عشر ديناراً وسبع عشرة امرأة أصاب كل امرأة ديناراً . امرأة وأبوان وابن ، أصلها من أربعة وعشرين وتصحّ منها . امرأة وأبوان وبنتان ثمن وسدسان وثلثان ، أصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى سبعة وعشرين ، وتسمى المنبرية لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال على الفور : صار ثمنها تسعاً ، ومرّ على خطبتها ؛ ولو كان مكان الأبوين جدّ وجدّة أو أب وجدّة فكذاك ، وكذا لو كان مكان البنّتين بنت وبنت ابن . زوجة وأم وأختان لأم وأختان لأبوين وابن كافر أو قاتل أو رقيق ، أصلها من اثني عشر وتعول إلى سبعة عشر كما تقدم لأن المحروم وهو الابن لا يحجب . وعند ابن مسعود يحجب الابن الزوجة من الربع إلى الثمن ، أصلها من أربعة وعشرين وتعول إلى أحد وثلاثين للزوجة الثمن ثلاثة ، وللأم السدس أربعة ، ولأولاد الأم الثالث ثمانية ، وللأختين لأبوين الثلثان ستة عشر وتسمى ثلاثينية ابن مسعود .

واعلم أن الستة متى عالت إلى عشرة أو تسعة أو ثمانية فالملت امرأة قطعاً ، وإن عالت إلى سبعة احتمل واحتمل ؛ ومتى عالت الاثني عشر إلى سبعة عشر فالملت ذكر ، وإلى ثلاثة عشر وخمسة عشر احتمل الأمرين ؛ والأربعة والعشرون إذا عالت إلى سبعة وعشرين أو إلى أحد وثلاثين عند ابن مسعود فالملت ذكر .

وَالرَّدُّ ضِدُّ الْعَوْلِ ، بَأَنْ تَزِيدَ الْفَرِيضَةُ عَلَى السَّهَامِ وَلَا عَصَبَةَ هُنَاكَ تَسْتَحَقُّهُ
فَيُرَدُّ عَلَى ذَوَى السَّهَامِ بِقَدَرِ سَهَامِهِمْ إِلَّا عَلَى الزَّوْجَيْنِ ، وَيَقَعُ الرَّدُّ عَلَى
جِنْسٍ وَاحِدٍ وَعَلَى جِنْسَيْنِ وَعَلَى ثَلَاثَةٍ ، ثُمَّ الْمَسْأَلَةُ لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ كَانَ
فِيهَا مَنْ لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَلِمَّا إِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا
أَوْ أَكْثَرَ ، فَإِنْ كَانَ جِنْسًا وَاحِدًا فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ مِنْ عَدَدِ رُءُوسِهِمْ ، وَإِنْ
كَانَ جِنْسَيْنِ أَوْ أَكْثَرَ فَمِنْ سَهَامِهِمْ وَأَسْقِطِ الزَّائِدَ .

فصل

(والرد ضد العول بأن تزيد الفريضة على السهام ولا عصبه هناك تستحقه فيرد على
ذوى السهام بقدر سهامهم إلا على الزوجين) وهو مذهب عمر وعلى وابن مسعود وابن
عباس رضى الله عنهم . وعن عثمان أنه يرد عن الزوجين ، قالوا : وهذا وهم من الراوى ،
فانه إنما صح عن عثمان رضى الله عنه أنه رد على الزوج لا غير ، وتأويله أنه كان ابن
عم فاعطاه الباقي بالعصوبة . أما الزوجة فلم ينقل عن أحد الرد عليها . وقال زيد بن ثابت
يوضع الفاضل فى بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى . لنا قوله عليه الصلاة والسلام
« من ترك مالا أو حقا فلورثته » الحديث ، ولأن القرابة علة لاستحقاق الكل لأن الميت
قد استغنى عن المال ، فلو لم ينتقل إلى أحد يبق سائبة ، والقريب أول الناس به فيستحقه
بالقرابة صلة ، إلا أنها تقاعدت عن استحقاق الكل عند الاجتماع للمزاحمة بالإجماع فبقيت
مفيدة له عند الانفراد ، فوجب أن يستحق صاحب السهم بقدر سهمه حالة المزاحمة ،
والفاضل عن سهمه حالة الانفراد ، أما الزوجان فقرابتهما قاصرة فلا يستحقان إلا سهمهما
إظهارا لقصور مرتبتهما ، ولأن الزوجية تزول بالموت فينتفى السبب ، وقضيته عدم الإرث
أصلا إلا أنا أعطيناهما فرضهما بضم يح الكتاب فلا يزداد عليه .

واعلم أن جميع من يرد عليه سبعة : الأم والجددة والبنت وبنت الابن والأخوات من
الأبوين والأخوات لأب وأولاد الأم (ويقع الرد على جنس واحد وعلى جنسين وعلى
ثلاثة ولا يكون أكثر من ذلك ، والسهام المردود عليها أربعة : الاثنان والثلاثة والأربعة
والخمسة) ثم المسألة لا يخلو إما إن كان فيها من لا يرد عليه أو لم يكن ، فان لم يكن فلما
إن كان جنسا واحدا أو أكثر ، فإن كان جنسا واحدا فاجعل المسأل من عدد رؤوسهم ،
وإن كان جنسين أو أكثر فن سهمهم وأسقط الزائد) .

أمثلة ذلك : جدة وأخت لأم ، للجددة السدس ، وللأخت السدس ، والباقي رد
عليهما بقدر سهامهما ، فاجعل المسألة من عددهم وهو اثنان لاستوائهما فى الفرض ، أصل

المسألة من ستة عادت بالردّ إلى اثنين ، جدة وأختان لأم ، للجدة السدس وللأختين الثلث ، فاجعل المسألة من ثلاث وهو عدد رؤوسهم : بنت وأم ، للبنت النصف ثلاثة ، وللأم السدس سهم ، اجعلها من أربعة عدد سهامهم . أربع بنات وأم ، للبنات الثلثان ، وللأم السدس ، اجعل المسألة من خمسة عدد سهامهم ، وإن كان في المسألة من لا يردّ عليه وهو الزوج والزوجة ، فإن كان جنسا واحدا فأعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخرجه ، ثم اقسم الباقي عن عدد من يرد عليه إن استقام ، كزوج وثلاث بنات ، أعط الزوج فرضه الربع من أربعة ، والباقي للبنات وهنّ ثلاثة يصح عليهن ، وإن لم يستقم عليهن ، فإن كان بين رؤوسهم وما بقي من فرض من لا يرد عليه موافقة ، فاضرب وفق رؤوسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات ، للزوج الربع ، يبقى ثلاثة لا تستقيم على البنات وبينهم وبين الباقي موافقة بالثلث ، فاضرب وفق رؤوسهم وهو اثنان في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة تكون ثمانية ، للزوج الربع سهمان يبقى ستة تصح على البنات وإن لم يكن بينهما موافقة كزوج وخمس بنات ، فاضرب كل رؤوسهم هي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهو أربعة يكن عشرين منها تصح ؛ وإن كان من لا يرد عليه مع جنسين أو ثلاثة ممن يرد عليهم ، فأعط فرض من لا يرد عليه ثم اقسم الباقي على مسألة من لا يرد عليه إن استقام ، وإلا فاضرب جميع مسألة من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ صحت منه المسألة ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسألة من يرد عليه ، وسهام من يرد فيها بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه . مثال الأول : زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم ، للزوجة الربع سهم ، يبقى ثلاثة وسهام من يرد عليه ثلاثة فقد استقام على سهامهم : ومثال الثاني : أربع زوجات وتسع بنات وست جدات ، للزوجات الثمن سهم ، تبقى سبعة وسهام الرد خمسة لا يستقيم عليها ولا موافقة ، فاضرب سهام الرد وهي خمسة في مخرج فرض من لا يرد عليه وهي ثمانية تكن أربعين منها تصح ، ثم اضرب سهام من لا يرد عليه وهو واحد في مسألة من يرد عليه وهو خمسة يكن خمسة ، وسهام من يرد عليه وهي خمسة فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه وهو سبعة يكن خمسة وثلاثين ، للبنات أربعة أخماسه ثمانية وعشرون ، وللجدات الخمس سبعة . مثال آخر : زوجة وبنت وبنت ابن وجدة ، للزوجة الثمن ، يبقى سبعة وسهام الرد خمسة لا يستقيم ولا موافقة ، فاضرب سهام من يرد عليه وهي خمسة في مخرج مسألة من لا يرد عليه وهو ثمانية يكن أربعين منها تصح ، وإذا أردت التصحيح على الرؤوس فاعمل بالطريق المذكور ، والله أعلم .

فصل: في مقاسمة الجدة الإخوة

قال أكثر الصحابة رضى الله عنهم منهم أبو بكر وابن عباس وأبي بن كعب وعائشة :
 الجدة بمنزلة الأب عند عدمه يرث معه من يرث مع الأب ويسقط به من يسقط بالأب ،
 وهو قول أبي حنيفة ، فجعل الجدة أب الأب بمنزلة الأب إلا في مسألتين : زوج وأبوان ،
 أو زوجة وأبوان على ما تقدم ، وروى عنه الحسن بن زياد أنه بمنزلة الأب فيهما أيضا .
 وعن الصديق أيضا روايتان في هاتين المسألتين . وقال علي وابن مسعود وزيد بن ثابت
 رضى الله عنهم : الجدة لا يسقط بنى الأعيان والعلات ويرثون معه . واختلفوا في كيفية
 تورثهم معه ، وكتابنا هذا يضيق عن استيعاب أقوالهم وما يفرع منها ، لكن نذكر مذهب
 زيد بن ثابت لحاجتنا إلى معرفة قول أبي يوسف ومحمد فإنهما أخذوا بقوله . وعن ابن
 عباس أنه لما سمع قول زيد قال : ألا يتق الله زيد ؟ يجعل ابن الابن ابنا ، ولا يجعل أب
 الأب أبا ؟ والمختار قول أبي بكر رضى الله عنه لأنه أبعد عن التردد والتوقف ولم تتعارض
 عنه الروايات وتعارضت عن غيره . قال علي رضى الله عنه : من أحب أن يتقحم جرائم
 جهنم فليقض في الجدة والإخوة . وروى عبيد السلماني عن عمر رضى الله عنه أنه قضى
 في الجدة بمائة قضية يخالف بعضها بعضا . وعنه أنه جمع الصحابة رضى الله عنهم في بيت
 وقال لهم : لا بد أن تتفقوا على شيء واحد في الجدة ، فقام رجل فقال : أشهد أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قضى للجدة بالسدس ، فقال مع من ؟ فقال : لأدري ، فقال :
 لأدريت ، فقام آخر فقال كذلك ، ورد عليه كذلك ، فسقطت حية من السقف فتفرقت
 قبل أن يجمعوا على شيء ، فقال عمر رضى الله عنه : أبى الله تعالى أن يرتفع هذا الجلاف .
 وعن علي رضى الله عنه أنه كان يقول : ألقوا علينا مسائل الفرائض واتركوا الجدة ،
 لأحياء الله ولا يباه . وعن ابن المسيب مثله .

واعلم أن الجدة الصحيح الوارث لا يكون إلا واحدا لأنه لا يكون إلا من جهة الأب ،
 والأقرب يسقط الأبعد . قال زيد بن ثابت رضى الله عنه : إذا اجتمع الجدة والإخوة
 كان الجدة كأحدهم يقاسمهم مالم تنقصه المقاسمة من الثلث ، فان نقصته فرض له الثلث
 والباقي بين الإخوة للذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : جد وأخ المال بينهما نصفان لأن المقاسمة خير له . جد وأخوان المال بينهما
 أثلاثا لأن المقاسمة والثلث سواء . جد وثلاثة إخوة يفرض له الثلث والباقي بين الإخوة
 لأن المقاسمة تنقصه من الثلث فان كان معهم صاحب فرض يعطى فرضه ثم ينظر في الباقي .

للجدّ ثلاثة أحوال : المقاسمة أو ثلث ما بقي أو سدس جميع المال فيعطى ما هو خير له منها والباقي بين الإخوة للذكر مثل حظّ الأنثيين .

مثاله : زوج وجدّ وأخ للزوج النصف والباقي بين الجدّ والأخ لأن القسمة خير له ، وكذلك مع الزوجة . جدّة وجدّ وأخوان وأخت ، للجدّة السدس ، وللجدّ ثلث ما بقي لأنه خير له . جدّة وبنت وجدّ وأخوان ، للجدّة السدس ، وللبنت النصف ، وللجدّ السدس لأنه خير له . زوج وأمّ وجدّ وأخ ، للزوج النصف ، وللأم الثلث ، والباقي وهو السدس للجدّ ويسقط الأخ ، وبنو العلات مع الجدّ كبنى الأعيان ، فإن اجتمعوا مع الجدّ ، قال زيد بن ثابت رضى الله عنه : يعدّون معهم على الجدّ ليظهر نصيبه وتسمى فصل المعادة ، فإذا أخذ الجدّ نصيبه يردّ بنو العلات ما وقع لهم إلى بنى الأعيان ويخرجون بغير شيء إلا إذا كان من بنى الأعيان أخت واحدة فتأخذ النصف بعد نصيب الجدّ ، فإن بقي شيء أخذته بنو العلات .

مثاله : جد وأخ لأب وأم وأخ لأب ، المال بينهم أثلاثا ، ثم يرد الأخ لأب على الأخ لأبوين نصيبه فيبقى للأخ من الأبوين الثلثان ، ولو كان معهم زوجة فلها الربع والباقي بينهم أثلاثا ، ويرد الأخ لأب ما وقع له إلى الأخ لأبوين ، ولو كان مكان الزوجة زوج فله النصف والباقي بينهم أثلاثا على الوجه الذى تقدّم . جد وأخت لأبوين وأخت لأب ، للجد النصف ، وللأختين النصف وتأخذ الأخت لأبوين ، ولو كانت أختين لأب والمسألة يحالها فللجد الخمسان ، وللأخت لأبوين الخمس ، وللأختين لأب الخمسان ثم يردان على الأخت لأبوين تنمة النصف خمس ونصف ويبقى لهما نصف خمس . أصل المسألة من خمسة تضرب في اثنين لحاجتنا إلى النصف تصير عشرة ، للجد أربعة ، وللأخت لأبوين سهمان ، وللأختين لأب أربعة ، ثم يردان إلى الأخت لأبوين ثلثة تنكّمة النصف يبقى لهما سهم لا يستقيم عليهما ، فاضرب اثنين في عشرة تكن عشرين منها تصحّ . جدّ وأخت لأبوين وأخ لأب المال بينهم أخماسا ، ويردّ الأخ على الأخت إلى تمام النصف يبقى معه نصف سهم وهو العشر ، ولو كان معه أخت ، فللجد سدسان ، وللأخت من الأبوين السدس ، وللأخ وأخته ثلثة فيردان عليهما تنمة النصف يبقى معهما سدس . جدّ وأختان لأبوين وأختان لأب ، للجد الثلث ولكل فريق الثلث ، ثم يرد أولاد الأب ثلثهم على أولاد الأبوين . أم وجد وأخت لأبوين وأخوان وأخت لأب ، أصلها من ستة للأم سهم وثلث الباقي خير للجد ، وليس للباقي ثلث صحيح ، فاضرب ثلاثة في ستة تكن ثمانية عشر للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت من الأبوين النصف تسعة ، يبقى سهم واحد لأولاد الأب

وهم خمسة ، فاضرب خمسة في ثمانية عشر تكن تسعين منها تصحّ وتسمى تسعينية زيد .
 أم وجد وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب ، أصلها من ستة ، للأم سهم يبق خمسة لاتستقيم
 على ستة ، فاضرب ستة في ستة تكن ستة وثلاثين ، للأم السدس ستة ، وللجدّ ثلث ما بقى
 عشرة ، وللأخت من الأبوين نصف الجميع وهو ثمانية عشر ، بقى لأولاد الأب سهمان
 وهم ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في ستة وثلاثين يكن مائة وثمانية منها تصحّ ، إلا أن بين السهام
 موافقة بالأنصاف فترجع إلى أربعة وخمسين . ووجهه أن المقاسمة وثلث ما بقى واحد في حقّ
 الجدّ فأعط الأم نصيبها من ثمانية عشر ثلاثة والجدّ ثلث ما بقى خمسة ، والأخت من
 الأبوين نصف الجميع تسعة ، يبق سهم لا يستقيم على أولاد الأب ، فاضرب ثلاثة في
 ثمانية عشر تكن أربعة وخمسين منها تصحّ وتسمى مختصرة زيد ، فحصل من أصل زيد أنه
 يقول بالمقاسمة ما لم ينقصه من الثلث ، ومع صاحب الفرض ينظر له أصلح الأحوال
 الثلاثة ، ويعدّ ولد الأب على الجدّ لإضرار به ، ولا يفرض للأخوات المنفردات مع الجدّ
 ويجعلهنّ عصبه ، ولا يقول بالعول بناء على أنهنّ عصبه ، وقد خالف هذا الأصل
 في المسألة الأكدرية ، وهي زوج وأم وجدّ وأخت لأب أو لأبوين ، للزوج النصف ،
 وللأم الثلث ، وللجدّ السدس ، وللأخت النصف ، ثم يضمّ الجدّ نصيبه إلى نصيب الأخت
 فيقتسمان الذكر مثل حظّ الأنثيين ، أصابها من ستة تعول إلى تسعة ، للزوج ثلاثة ، وللأم
 سهمان ، وللأخت ثلاثة ، وللجدّ سهم ، وما في يد الجدّ والأخت أربعة لاتستقيم على
 ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في تسعة يكنّ سبعة وعشرين منها تصحّ ، ولو كان مكان الأخت
 أخ فلا عول ولا أكدرية ، لأنه يكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجدّ السدس ،
 ويسقط الأخ ؛ وكذا لو كان مع الأخ أخت لأنها تصير عصبه بأخيها . سميت أكدرية لأنها
 واقعة امرأة من بنى أكدر ، أو لأنها كدرت على زيد مذهبه من ثلاثة أوجه : أعال بالجدّ ،
 وفرض للأخت ، وجمع سهام الفرض وقسمها على التعصيب ، وإنما فرض لها ولم يجعلها
 عصبه لأنه لم يبق لها شيء ، ولا وجه إلى القسمة لأنه ينقص نصيب الجدّ من السدس
 فنصار إلى ما ذكرنا ضرورة .

فصل الجَدَات

وقد سبق ذكر الجدة الصحيحة من الفاسدة وميراثها عند الانفراد والاجتماع وأحكام
 الحجب بين الجدات ، وهذا الفصل لبيان مراتب الجدات ومعرفتها .
 اعلم أن الجدات على مراتب : الأولى جدتا الميت وهما أم أمه وأم أبيه وهما وارثتان .
 الثانية أربع جدات : جدتا أبيه ، وجدتا أمه ؛ فجدتا أبيه أم أب أبيه ، وأم أم أبيه ، وجدتا

أمه ، أم أم أمه ، وأم أم أمه ، والكل وارثات إلا الأخيرة لأنها فاسدة فانه دخل في نسبتها
 أب بين أمين . الثالثة ثمان جدات ، جدتا أم أبيه وهما : أم أم أم أبيه ، وأم أم أم أبيه
 أبيه وهما وارثتان ؛ وجدتا أم أبيه وهما : أم أم أم أبيه وهى وارثة ، وأم أم أم أبيه وهى
 ساقطة ؛ وجدتا أم أم وهما : أم أم أم أمه ، وأم أم أم أمه وهما ساقطتان ؛ وجدتا
 أم أم وهما : أم أم أم أمه وهى وارثة ، وأم أم أم أمه وهى ساقطة ؛ فإن كان لكل
 واحدة منهن جدتان يصرن ستة عشر وهى المرتبة الرابعة ، وإن كان لكل واحدة من
 الستة عشر جدتان يصرن اثنين وثلاثين وهكذا إلى ما لا يتناهى ، والجدات الثابتات على
 ضربين متحاذيات متساويات في الدرجة ، ومتفاوتات وطريق معرفة المتحاذيات الوارثات
 أن يلفظ بعددهن أمهات ثم تبدل الأم الأخيرة أبا في كل مرة إلى أن لا تبقى إلا أم واحدة ،
 وتصور ذلك في خمس جدات متحاذيات وحس عليه فنقول :

م				
أم	أم	أم	أم	أم
أم	أم	أم	أم	أم
أم	أم	أم	أم	أم
أم	أم	أم	أم	أم
أم	أم	أم	أم	أم
أم	أم	أم	أم	أم

وأمما المتفاوتات في الدرجة فالقربى تحجب البعدى
 على مامر في الحجب ، واو سثلت عن عدد جدات
 وارثات كم بازائهن ساقطات ، فخذ عدد المسئول
 عنه يمينك ، ثم انقص منه اثنين وخذهما بيسارك ،
 ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما في يمينك فما بلغ فاطرح
 المسئول منه فما بقى فهى ساقطة .

مثاله : سثلت عن أربع جدات خذهما يمينك ثم انقص منه اثنين وخذهما بيسارك ، ثم
 ضعف ما في يسارك بعدد ما في يمينك يكن ثمانية ، اطرح منه عدد المسئول وهو أربعة
 تبقى أربعة فهى ساقطة ؛ ولو سثلت عن ثلاثة خذهما يمينك ثم انقص منه اثنين وخذهما
 بيسارك ثم ضعف ما في يسارك بعدد ما بقى في يمينك يكن أربعة اطرح منه عدد المسئول عنه
 وهو ثلاثة بقى واحدة ساقطة .

واعلم أنه لا يتصور الجدة الوارثة من قبل الأم إلا واحدة ؛ لأن الصحيحيات منهن أن
 لا يدخل بين أمين أب فكانت الوارثة أم الأم وإن علت . والقربى تحجب البعدى فلا ترث
 إلا جدة واحدة كما ذكرنا في الجدة .

وأما الأبويات فيتصور أن يرث الكثير منهن على ما صورت لك ، ولا يرث مع الأب
 إلا جدة واحدة من قبل الأم ، لأن الأبويات يحجب به ، ولا يرث مع الجد إلا جدتان :
 إحدهما من قبل الأم والثانية أم الأب ، ولا يرث مع أب الجد إلا ثلاث : إحدها من

وَذَوُو الْأَرْحَامِ : كُلُّ قَرِيبٍ لَيْسَ بِذِي سَهْمٍ وَلَا عَصْبَةٍ ، وَهُمْ كَالْعَصَبَاتِ
مَنْ انْفَرَدَ مِنْهُمْ أَخَذَ جَمِيعَ الْمَالِ ، وَالْأَقْرَبُ يُخْجَبُ الْأَبْعَدُ ، وَهُمْ أَوْلَادُ
الْبَنَاتِ ، وَأَوْلَادُ بَنَاتِ الْإِبْنِ ، وَالْجَدُّ الْفَاسِدُ ، وَالْجَدَّاتُ الْفَاسِدَاتُ ، وَأَوْلَادُ
الْأَخَوَاتِ كُلِّهِنَّ ، وَبَنَاتُ الْإِخْوَةِ كُلِّهِمْ ، وَأَوْلَادُ الْإِخْوَةِ لِأُمِّ ،

قبل الأم ، والثانية أم أم الأب ، والثالثة أم أب الأب ، وعلى هذا كلما زاد في درجة
الأجداد زاد في درجة الجدات وارثة .

فصل في ذوى الأرحام

قال عامة الصحابة رضى الله عنهم بتوريث ذوى الأرحام وهو مذهبنا . وقال زيد بن
ثابت : لا ميراث لهم ويوضع في بيت المال ، وبه قال مالك والشافعى . لنا قوله تعالى
- وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - أى أولى بميراث بعض بالنقل . وقال عليه الصلاة
والسلام « الخال وارث من لا وارث له » . وروى « أن ثابت بن الدحداح مات ، فقال
رسول الله عليه الصلاة والسلام لعاصم بن عدى : هل تعرفون له فيكم نسبا ؟ فقال : إنما
كان آتيا فينا : أى غريبا ، فجعل ميراثه لابن أخته أبى لبابة بن عبد المنذر » ولأن أصل
القربة سبب لاستحقاق الإرث على ما بيناه ، إلا أن هذه القربة أبعد من سائر القربات
فتأخرت عنها ، والمال متى كان له مستحق لا يجوز صرفه إلى بيت المال ، ولأن سائر
المسلمين يدلون إليه بالاسلام ، وهؤلاء يدلون به وبالقربة ، والمثلل يجتهدن أولى كبنى
الأعيان مع بنات العلات (وذوو الأرحام كل قريب ليس بذى سهم ولا عصبه ، وهم
كالعصبات من انفرد منهم أخذ جميع المال) لأنهم يدلون بالقربة وليس لهم سهم مقدّر
فكانوا كالعصبات (والأقرب يحجب الأبعد) كالعصبات حتى من هو أقرب إلى الميت
من أى صنف كان فهو أولى .

مثاله : بنت بنت وأب أم فهو أولى لأنه أقرب . أب أب أم وعمه أو خالة فهى
أولى لأنها أقرب . وذكر رضى الدين التيسابورى في فرائضه أنه لا يرث أحد من الصنف
الثانى وإن قرب وهناك واحد من الصنف الأوّل وإن بعد ، وكذا الثالث مع الثانى والرابع
مع الثالث ، قال : وهو المختار للفتوى . والمعمول عليه من جهة مشايخنا تقديم الصنف
الأوّل مطلقا ثم الثانى ثم الثالث ثم الرابع . قال : وهكذا ذكره الأستاذ النضر الكوفى
في فرائضه ، فعلى هذا بنت البنت وإن سفلت أولى من أب الأم ، وهم أربعة أصناف :
صنف ينتمى إلى الميت (وهم أولاد البنات ، وأولاد بنات الابن) وصنف ينتمى إليهم
الميت (و) هم (الجد الفاسد ، والجدات الفاسدات) وصنف ينتمى إلى أبوى الميت
(و) هم (أولاد الأخوات كلهن ، وبنات الإخوة كلهم ، وأولاد الإخوة لأم) وصنف

وَالْأَخْوَالَ وَالْخَالَاتُ وَالْأَعْمَامُ لِأُمِّ ، وَالْعَمَّاتُ وَبَنَاتُ الْأَعْمَامِ كُلُّهُمْ وَأَوْلَادُ هَؤُلَاءِ وَمَنْ يَدُلُّ بِهِمْ ، وَأَوْلَاهُمْ الصَّنْفُ الْأَوَّلُ ثُمَّ الصَّنْفُ الثَّانِي (سم) .

ينتمي إلى جدى الميت (و) هم (الأخوال والخالات والأعمام لأُم ، والعمات وبنات الأعمام كلهم وأولاد هؤلاء ومن يدلى بهم ، وأولاهم الصنف الأول) لأن قرابة الولاد أقرب من غيرهم كما في الأصول (ثم الصنف الثاني) وقالوا : الصنف الثالث أولى من الثاني لأنهم أولاد عصبية أو ذى سهم ، والأصل فى ذوى الأرحام إذا استوا فى الدرجة أن يقدم ولد وارث . ولأبى حنيفة رحمه الله أن الصنف الثانى له زيادة اتصال باعتبار الجزئية لأنهم أصوله ، وزيادة القرب أولى مما ذكر ، لأن علة الاستحقاق القرب ، والعلة ترجح بالزيادة من جنسها .

الصنف الأول : أقربهم إلى الميت أولى كـ بنت بنت بنت بنت ، المال للأولى لأنها أقرب ، وإن استوا فى القرب فن كان له ولد وارث أولى ، لأن له زيادة فى القرب باعتبار أصله كـ بنت بنت بنت بنت بنت ابن ، المال للثانية لأنها ولد صاحب سهم . بنت بنت أخ وبنت ابن أخ ، المال للثانية لأنها ولد عصبية وارث ، فإن كان أحدهما يدلى بوارث لا بنفسه بل بواسطة فهما سواء .

مثاله : بنت بنت بنت بنت بنت بنت ابن ، هما سواء لأن كل واحد يدلى إلى الميت بواسطة ، والعلة هى القرب فلا يترجح بالإدلاء ، وإن كان أحدهم أقرب والآخر أبعد ولكنه يدلى بوارث فالأقرب أولى ، لأن العلة هى القرابة فتترجح بزيادة القرب كالعصبات إذا استوا يطلب الترجيح بزيادة القرب كذا هنا .

مثاله : بنت بنت بنت بنت بنت بنت ابن ، المال للأولى لأنها أقرب ، وكذلك خالة وبنت عم ، الخالة أولى ، وإن استوا فى القرب والإدلاء ، فإن اتفقت الآباء والأمهات فالمال بينهما على السواء إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن كانوا مختلطين فلاذكر مثل حظ الأنثيين .

مثاله : بنت بنت ابن وبنت بنت ابن ، المال بينهما على السواء ؛ وكذلك ابن بنت بنت وابن بنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت ، المال بينهما أثلاثا . وإن اختلفت الأمهات والآباء فعند أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة العبرة لأبداهم بالأصولهم . وعند محمد وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة العبرة لأصولهم فيقسم المال على أصولهم ويعتبر الأصل الواحد متعددا بتعدد أولاده ، ثم يعطى لكل فرع ميراث أصله ، ويجعل كل أنثى تدلى إلى الميت بذكر ذكرا ، وكل ذكر يدلى إلى الميت بأنثى أنثى ، سواء كان دلاؤهما بأب واحد أو بأكثر ، أو بأب واحد أو بأكثر ، ثم يقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية إن اتفقت

صفتهم ، وإن اختلفت فللذكر مثل حظ الأنثيين . لحمد أن الفروع إنما تستحق الميراث بواسطة الأصول فيجب أن تكون العبرة للأصول . ولأبي يوسف أن ذوى الأرحام إنما يرثون بالقرابة كالعصبات ، وكل واحد مستبد بنفسه في أصل الاستحقاق ، فتعتبر الأبدان كالعصبات .

مثاله : بنت بنت ابن وابن بنت ابن ، المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين بالإجماع . بنت بنت بنت وبنت ابن بنت ، المال بينهما نصفان عند أبي يوسف باعتبار الأبدان . وعند محمد أثلاثا باعتبار الأصول كأنه مات عن بنت بنت وابن بنت ، ثم ينقل نصيب الابن إلى ابنته ونصيب البنت إلى بنتها . بنت ابن بنت وابن بنت بنت ، عند أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وعند محمد للبنت سهمان وللابن سهم . بنتا ابن بنت وابن بنت بنت ، عند أبي يوسف ظاهر ، وعند محمد للابن خمس المال ، وأربعة أخماسه للبنتين كأنه مات عن ابني بنت وبنت بنت . بنت بنت بنت وابن بنت بنت وبنت ابن بنت وابن ابن بنت ، عند أبي يوسف ظاهر ، وعند محمد يقسم على الآباء على ستة للأوليين سهمان لإدلائهما إلى الميت بأنثى فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، وللآخرين أربعة لإدلائهما إلى الميت بذكر فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فصار المال بين الفريقين أثلاثا فقد انكسر بالأثلاث ، فاضرب ثلاثة في ثلاثة يكن تسعة منها تصح . وإن وقع الاختلاف في بطن أو أكثر فأبو يوسف مرّ على أصله ؛ ومحمد يقسم المال على أول خلاف يقع ، فما أصاب الذكور ينقل إلى فروعهم ، وما أصاب الإناث ينقل إلى فروعهن مع اعتبار الاختلاف في البطن الثاني على الوجه الذي اعتبر في البطن الأوّل حتى ينتهى إلى الأولاد الأحياء ، فيقسم على اعتبار أبدانهم . مثاله :

ميراث	ف عند أبي يوسف المال بينهم على خمسة :
بنت بنت بنت بنت	خمسان للابن ، ولكل بنت خمس . وعند محمد على
بنت بنت ابن بنت	عشرة ، للأولى سهم ، وللثانية أربعة ، وللثالثة
بنت ابن بنت بنت	ثلاثة ، وللرابع سهمان ، لأنه يعتبر الخلاف في أول
ابن بنت بنت بنت	بطن وقع وفيه ابن بنت وثلاث بنات بنت فيقسم
	عائهم ، ثم ما أصاب الابن وهو خمسان يصيران إلى ابنته ، وما أصاب البنات وهو أثلاثة
	أخماس يصير إلى أولادهن ، وهم ابن وبنتان للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن
	خمس ونصف ، وللبنتين خمس ونصف ، ثم ينقل نصيب الابن إلى بنته ، ونصيب البنتين
	إلى ولديهما وهما ابن وبنت للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون للابن خمس ، وللبنت

نصف خمس وهو عشر فيصح من عشرة ، ومن له قرابة من جهتين من ذوى الأرحام فله سهمان ، ومن له قرابة واحدة فسهام عند محمد اعتبارا بالأصول ، وعند أبي يوسف هما سواء لأنهم يرثون بالتعصيب وذلك لا يختلف كالعصبات حقيقة .

مثاله : بنت بنت وبنت بنت بنت هي بنت ابن بنت أخرى ؛ فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان ؛ وعند محمد لدى القرابة سهم ، ولذي القربتين ثلاثة لما مر . ولو كان مكان البنت من جهتين ابن ، فعند أبي يوسف للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وعند محمد لذات قرابة سهم ، ولذي قريبتين ثلاثة سهام من قبل أصله الذكر ويسلم له لتفرده بذلك الأصل ، وسهم من قبل أصل الأنثى فيضمه إلى ما في يد ذات قرابة فيقسمان السهمين للذكر مثل حظ الأنثيين لاتحاد أصلهما في هذين السهمين واختلاف أبادهما على ثلاثة ، فاضرب ثلاثة في أربعة تكن اثني عشر منها تصح .

الصفة الثانية : وأولاهم أقربهم إلى الميت كآب أم ، وأب أم أم ، وأب أم أب ، المال كله لأب الأم ، فإن استوا في القرب فالإدلاء بوارث ليس بأولى في أصح الروايتين ، لأن السبب للاستحقاق القرابة دون الإدلاء بوارث . مثاله : أب أم أم ، وأب أب أم هما سواء ؛ إن كانوا ذكورا أو إناثا ، وإن اختلطوا فللذكر مثل حظ الأنثيين ؛ وإن كانوا من جهتين فلقوم الأم الثلث ، ولقوم الأب الثلثان

مثاله : أب أم أب وأب أب أم ، للأول الثلثان ، وللثاني الثلث . وإذا كان يعقب الميت جدان من جهتين وكذلك لأمه ، فلقوم الأب الثلثان ، ولقوم الأم الثلث ، ثم ما أصاب قوم الأب ثلثاه لقربته من جهة أبيه ، وثلثه لقربته من جهة أمه ، وكذلك ما أصاب قوم الأم . وروى الحسن عن أبي حنيفة ما أصاب قوم الأب كله لقربته من قبل أبيه ، وما أصاب قوم الأم فلقربتها من قبل أبيها أيضا

مثاله : أب أم أب أب ، وأب أب أم أب ، وأب أم أب أم ، وأب أب أم أم ، وللآخرين الثلث لما بينهما .

الصف الثالث ، وهو ثلاثة أنواع : الأول بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأم وأولادهم . والثاني بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأولادهم . والثالث أولاد الإخوة والأخوات لأم وأولادهم . فإن كانوا من النوع الأول أو الثاني فهم كالصف الأول في تساوى الدرجة والقرب والإدلاء بوارث والقسمة . وإن اختلفا في ذلك ، فعند أبي يوسف تعتبر الأبدان . وعند محمد تعتبر الأبدان ووصف الأصول . وإن كانوا من النوع الثالث فالمال بينهم بالسوية ذكرهم وأنثاهم فيه سواء اعتبروا بأصولهم ، ولا خلاف فيه إلا ما روى

شاذا عن أبي يوسف أنه يقسم للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن كانوا من الأنواع وتساواوا في الدرجة فالمدلى بوارث أولى ؛ ثم عند أبي يوسف من كان منهم لأب وأم أولى ثم لأب ثم لأم ؛ وعند محمد يقسم المال على أصولهم وينقل نصيب كل أصل إلى فروعه .
مثاله : ثلاث بنات أخوات متفرقات ، عند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت لأبوين ؛ وعند محمد لها ثلاثة أخماس ، ولبنت الأخت من الأب خمس ، وبنت الأخت لأم خمس باعتبار الأصول فرضا وردا . ثلاث بنات إخوة متفرقين ، عند أبي يوسف كل المال لبنت الأخ من الأبوين ؛ وعند محمد لبنت الأخ من الأم السدس ، والباقي لبنت الأخ من الأبوين . بنت أخت لأب وبنت أخت لأم ، المال للأولى عند أبي يوسف لأنها أقوى ؛ وعند محمد لها ثلاثة أرباع ، وللأخرى الربع فرضا وردا اعتبارا بالأصول . ابنا أخت لأبوين وبنت أخت لأم ، عند أبي يوسف المال لابنين ؛ وعند محمد ابنا أخت كأختين ، فيقسم المال بينهم على خمسة ، وأولاد هؤلاء كأصولهم المدلى بوارث أولى إذا استروا .

مثاله : ابن ابن أخ لأم ، وابن بنت أخ لأبوين ، وبنت ابن أخ لأب ، المال للبنت لأنها تدلى بوارث .

الصنف الرابع : أقربهم إلى الميت أولاهم ، فعمة الأب أولى من عمة الجد ، وإن استروا فمن كان لأب وأم أولى ، ثم من كان لأب ، ثم من كان لأم ؛ فالعمة لأبوين أولى من العمة لأب ومن العمة لأم ، والعمة لأب أولى من العم والعمة لأم ، والخالات والأخوال على هذا الترتيب . وإن تساوا في القرابة وهم من جنس واحد فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين . وإن اجتمع الجنسان العمومة والخثولة ، فالثلثان لجانب العمومة والثلث لجانب الخثولة كيف كانوا في العدد والذكورة والأنوثة .

مثاله : عمة وعشرة أخوال ، للعممة الثلثان ، وللأخوال الثلث . عمة وخال أو خالة ، للعممة الثلثان وللخال الثلث ؛ والقياس أن لا يكون للخال والخالة شيء ، لأن قرابة الأب أقوى كما لا شيء للعممة لأم مع العمة لأب ، إلا أنا تركنا القياس بإجماع الصحابة ، فانهم قالوا : للعممة الثلثان وللخال الثلث ، ولأن العمة لما كانت من جهة الأب فهي كالأب والخالة كالأم ، فصار كأنه ترك أبا وأما فيقسم بينهما أثلاثا كذا هذا ، بخلاف ما ذكر لأن العمات كلهن من جهة الأب ، والعمة لأب أقوى من العمة لأم فلا ترث معها كالأعمام ؛ وذو قرابتين من أحد الجنسين لا يحجب ذا القرابة الواحدة من الجنس الآخر ، لأن الصحابة رضى الله عنهم جعلوا الميراث بين الخالة والعمة أثلاثا مطلقا فيجوز الإجماع على الإطلاق .

مثاله : عمة لأبوين وخالة لأب ، الثلثان للعمة ، والثلث للخالة . وروى ابن سہاعة عن أبي يوسف المال كله للعمة . خالة لأبوين وعمة لأب كذلك . وعن أبي يوسف المال كله للخالة ؛ وإذا اجتمع الجنس من جهة الأب والجنس من جهة الأم فالثلثان لقرابتي الأب ، والثلث لقرابتي الأم ، ثم ما أصاب قرابة الأب ثلثاه لقرابة أبيه ، وثلثه لقرابة أمه ، وما أصاب قرابة الأم كذلك .

مثاله : عمة الأب وخالته وعمة الأم وخالتها ، الثلثان للعمتين بينهما أثلاثا ، والثلث للخالتين بينهما أثلاثا وقد انكسر بالأثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة تكن تسعة منها تصح . وأولاد هذه الأصناف حكمهم حكم آبائهم في جميع ما ذكرنا عند عدم آبائهم ، والله الموفق .

فصل : في الولاء

وهو نوعان : ولاء عتاقة وولاء موالاة ، وقد ذكرنا صورتيهما وأحكامهما في كتاب الولاء ، ونذكر في هذا الفصل ما يتعلق بالإرث ، فنبدأ بولاء العتاقة فنقول :

إذا مات المعتق ولا عصبه له من جهة النسب فالمولى المعتق عصبته ، لقوله عليه الصلاة والسلام « الولاء لمن أعتق » وقال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمه كلحمه النسب » ومات معتق لابنة حمزة رضي الله عنهما عنها وعن بنت ، فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم المال بينهما نصفين . وأعتق رجل عبدا له عند رسول الله عليه الصلاة والسلام ، فقال عليه الصلاة والسلام « إن شكرك (١) فهو خير له وشر لك ، وإن كفر فك فهو شر له وخير لك ، وإن مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته » ولا يرث الأسفل من الأعلى لأنه لا قرابة بينهما وإنما ألحق الولاء بالنسب في حق الأعلى حيث أنعم على عبده بالإعتاق وتسبب إلى حياته معنى ، فجوزى باستحقاق الإرث صلة له وكرامة ، وهذا المعنى معدوم من العبد فلا يقاس عليه ، فلو مات المعتق عن صاحب فرض ، والمعتق أخذ صاحب الفرض فرضه والباقي للمعتق لأنه عصبته لما روينا ، والولاء يورث به ولا يورث ، قال عليه الصلاة والسلام « الولاء لحمه كلحمه النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث » ويستحق بالعصوبة ، وإليه الإشارة بقوله عليه الصلاة والسلام « كنت أنت عصبته » وليس للنساء من الولاء شيء .

(١) قوله « إن شكرك الخ » : أى إن جازاك على إحسانك له « فهو خير له » ، لأنه أدنى الشكر على النعمة « وشر لك » لأنه يصل لك بعض الثواب في الدنيا فننتقص في ثوابك في الآخرة « وإن كفر فك » أى جحد نعمتك « فهو خير لك » لأنك تجد كل الثواب في الآخرة وشر له لأن كفر النعمة مذموم شرعا اهـ .

بالإرث لقوله عليه الصلاة والسلام « ليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتبن من كاتبن » وهو لأقرب عصبة المعتق ، فلو مات عن ابن المعتق وأبيه فالولاء كله للابن ؛ وقال أبو يوسف : للأب السدس والباقي للابن ، لأن الأب يكون عصبة حتى يجرز جميع المال لو انفرد . ولهما أنه صاحب فرض مع الابن فصار كالزوج فلا يزاحم الابن العصبة ؛ ولو مات عن جد مولاة وأخيه فالكل للجد ؛ وقالوا : بينهما نصفان وقد عرف ؛ وعن عدة من الصحابة رضى الله عنهم أنهم قالوا : الولاء للكبر (١) أى للأقرب إلى الميت نسبا ، وهذا لا يعرف إلا سماعا فصار كالمرئى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم . وصورته : إذا مات المعتق عن ابنتين ، ثم مات أحدهما عن ابن . ثم مات المعتق فولأه لابن مولاة دون ابن ابنة لما روينا ولأنه أقرب نسبا وعصوبة ؛ ولو مات الابن وتترك أحدهما ابنا والآخر ابنتين فالولاء على عدد رعوهم لاستوائهم في العصبية والقرب ، ولأن الجد لو مات قسمت تركته على حفدته كذلك ، فكذلك ما ورثوه بسببه ؛ وأما مولى الموالاة فإن الأعلى يرث الأسفل ويعقل عنه إذا جئى بمقابلة للغم بالغرم ، وهو مؤخر عن ذوى الأرحام لأن ذوى الأرحام يرثون بالقرابة وهى أقوى وأكد من الولاء لأنها لا تقبل النقص والولاء يقبله ، بخلاف الزوجين حيث يرث معهما لأنهما بعد الموت كالأجانب ، ولهذا لا يرد عليهما ، فإذا أخذ أحدهما صار الباقي خاليا عن الوارث فيكون لمولى الموالاة . ولو اتفقا في عقد الموالاة على أن يرث كل واحد من الآخر صح ، وورث كل واحد منهما الآخر إذا لم يكن عصبة ولا ذوهم ولا ذو رحم ، والفرق بين ولاء العتاقة وولاء الموالاة أن السبب في ولاء العتاقة العتق الذى هو إحياء معنى على ما بينا ، وأنه من الأعلى خاصة ، والسبب في ولاء الموالاة العقد والشرط ، فيثبت على الوصف الذى عقدا وشرطا . والأصل في الإرث بولاء الموالاة قوله تعالى - والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم - وكان في ابتداء الإسلام يتوارثون بالعقد والخلف دون النسب والرحم حتى نزل قوله تعالى - وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض - فنسخ تقديمه وصار مؤخرا عن ذوى الأرحام وهو مروى عن عمر وعثمان وعليّ وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عباس وجاعة من التابعين رضوان الله عليهم أجمعين ، على أننا نقول بموجب الآية فلا نورثه مع وجود

(١) الكبر ، قال في مختار الصحاح : وقولهم هو كبر قومه بالضم : أى أقدمهم في النسب ، وفي الحديث « الولاء للكبر » وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فيكون الولاء للابن دون ابن الابن اه .

الغرقى والهدى متى إذا لم يعلم أيهم مات أولاً ، فقال كل واحدٍ للأحياء من ورثته .

فوى الأرحام ، وإنما نورثه عند عدلين فلا تكون الآية ناسخة وهو مذهب أصحابنا ، ولأنه جعل ماله له بعقده ، ولا تعلق للوارث به فصار كالوصية بجميع المال ولا وارث له ، أو كان لكنه أجاز الوصية فانه يجوز كذا هذا ، فصار مستحقاً للمال فلا يوضع في بيت المال ، لأنه إنما يوضع في بيت المال عند عدم المستحق لأنه مستحق « وسئل عليه الصلاة والسلام عن رجل أسلم على يد رجل ووالاه فقال : هو أحق الناس به بحياه ومماته » يشير إلى العقل والإرث في هاتين الحالتين .

فصل

(الغرقى والهدى إذا لم يعلم أيهم مات أولاً ، فالكل واحد للأحياء من ورثته) وهكذا الحكم في كل جماعة ماتوا ولا يدري أيهم مات أولاً كالقتلى والحرقى ونحوهم ، وهو قول عامة الصحابة والعلماء . وعن علي وابن مسعود أنه يرث بعضهم بعضاً إلا ما ورث من صاحبه وهو قول أبي حنيفة أولاً .

مثاله : أخوان غرقا ولكل واحد تسعون دينارا وخلف بنتا وأما وعمما ، فعند عامة العلماء تقسم تركة كل واحد بين الأحياء من ورثته البنت والأم والعم على ستة ، ولا يرث أحدهما من الآخر . وعلى قول علي وابن مسعود يقسم التسعون للبنت النصف خمسة وأربعون دينارا وللأم السدس خمسة عشر دينارا ، والباقي وهو ثلاثون للأخ ، ولا شيء للعم ، ثم يقسم الثلاثون بين البنت والأم والعم أسداسا كما تقدم ، والصحيح قول العامة لأنه احتمل موتهما معا واحتمل تقدم أحدهما واحتمل تأخره ، فوقع الشك في استحقاقه الميراث واستحقاق الأحياء متيقن فلا يعارضه الشك ، ولأن أحدهما إن جعل حيا حتى ورث من الآخر كيف يجعل ميتا حتى يرثه الآخر ؟ وإن علم موت أحدهما (١) أولاً ولا يدري أيهم هو أعطى كل واحد اليقين ووقف المشكوك حتى يتبين أو يصطلحوا .

(١) قوله وإن علم موت أحدهما ، مثله في شرح المجمع لمصنفه ، ومثله أيضا في شرح السراجية لمصنفها ، وتبعه بعض شراحها وعلاه في حاشية عجم زاده بقوله : لأن التذكير غير مبثوس منه ، وقد استدرك عليه في معراج الدراية بعبارة ضوء السراج . وقال العلامة قاسم : إن ما في الاختيار قول الشافعية ومذهب الحنفية لاتوارث بالكلية ، ويجعلان كأنهما ماتا معا فتنبه لذلك اهـ بجراوى .

فصل

المَجْهُوسِيُّ لَا يَرِثُ بِالْأَنْكِحَةِ الْبَاطِلَةِ ، وَإِذَا اجْتَمَعَ فِيهِ قَرَابَتَانِ لَوْ تَفَرَّقَتَا فِي شَخْصَيْنِ وَرِثَا بِهِمَا وَرِثَ بِهِمَا .
وَالْحَمْلُ يَرِثُ وَيُوقَفُ نَصِيبُهُ .

فصل

(المجوسى لا يرث بالأنكحة الباطلة) لبطلاها ، ويرث بالقرابة لثبوتها ، كما لو مات وترك امرأة هي أمه أو أخته ترث بالأمومة والأخوة دون الزوجية (وإذا اجتمع فيه قرابتان لو تفرقتا في شخصين ورثا بهما ورث بهما) وهو مذهب عامة الصحابة . وقال زيد بن ثابت : يرث بأبئيهما ، وهي التي يورث بها بكل حال ، وبه قال مالك والشافعى . والصحيح قول العامة ، لأن كل واحدة من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الإرث ، ويجوز أن يستحق الواحد مالين بجهتين إذا وجد سببا استحقاق كائنى عم أحدهما أخ لأم أو زوج على ما تقدم ، ولا يلزم الأخت لأبوين حيث لا ترث بقرايتى الأبوة والأمومة ، لأن الشرع جعلهما قرابة واحدة فى التوريث نصا لاقياسا . وصورته : مجوسى تزوج بنته فولدت منه بنتا ثم ماتت فقد ماتت عن بنتين فلهما الثلثان والباقى لعصبته وسقط اعتبار الزوجية ، ولو ماتت بعده البنت التي كانت زوجة فقد ماتت عن بنت مئى أختها ، فلها جميع المال النصف بالبنتية والنصف بعصبة الأختية ؛ وعند زيد لها النصف بالبنتية لاغير ولو ماتت بعده البنت المولودة فقد خلفت أمها وهي أختها من الأب فلها الثلث بالأمومة والنصف بالأختية والباقى للعصبة . وعند زيد لها الثلث بالأمومة لاغير لأنها أثبتت قرابة لأنها لا تحجب بحال ، وإذا ترفعوا إلينا قسمنا بينهم كالقسمة بين المسلمين ، قال تعالى - فان جاءوك فاحكمم بينهم - وهو مروى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس ، ورواية عن زيد رضى الله عنهم .

فصل

(والحمل يرث ويوقف نصيبه) باجماع الصحابة ، ولأنه يحتمل وجوده فيرث ، ويحتمل عدمه فلا يرث فيوقف حتى يتبين بالولادة احتياطا ؛ فان ولد إلى سنتين حيا ورث لأنه عرف وجوده وإن احتمل حدوثه بعد الموت لكن جعل موجودا قبل الموت حكما حتى يثبت نسبه لقيام انقراش فى العدة ، وهذا إذا كان الحمل من الميت ؛ فأما إذا كان من غير الميت ، كما إذا مات وأمه حامل من غير أبيه وزوجها حي ، فان جاءت به لأكثر من ستة

أشهر لا يرث لاحتمال حدوثه بعد الموت فلا يرث بالشك إلا أن تقرّ الورثة بحملها يوم الموت ، وإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فانه يرث لأننا تيقنا بوجوده عند موته ، ثم الحمل لا يخلو إما أن يكون ممن يحجب حجب حرمان أو حجب نقصان أو يكون مشاركا لهم ، فإن كان يحجب حجب حرمان ، فإن كان يحجب الجميع كالأخوة والأخوات والأعمام وبنهم توقف جميع التركة إلى أن تلد لجواز أن يكون الحمل ابنا ، وإن كان يحجب البعض كالأخوة والجدة تعطى الجدة السدس ويوقف الباقي ، وإن كان يحجب حجب نقصان كالزوج والزوجة يعطون أقلّ النصيبين ويوقف الباقي ، وكذلك يعطى الأب السدس لاحتمال أنه ابن ، وإن كان لا يحجبهم كالجدة والجدة يعطون نصيبهم ويوقف الباقي ، وإن كان لا يحجبهم ولكن يشاركهم بأن ترك بنين أو بنات وحمل ، روى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يوقف له نصيب أربعة من البنين أو البنات أيهما أكثر لأنه قد وقع ذلك فيوقف ذلك احتياطا ، وكان شريك بن عبد الله ممن حملت به أمه مع ثلاثة . وروى هشام عن أبي يوسف وهو قول محمد أنه يوقف نصيب ابنتين لأنه كثير الوقوع ومازاد عليه نادر فلا اعتبار به . وروى الخصاص عن أبي يوسف وهو قوله أنه يوقف نصيب ابن واحد وعليه الفتوى لأنه الغالب المعتاد وما فوقه محتمل ، والحكم مبنى على الغالب دون المحتمل ، فإن ترك ابنين وحمل ، فعلى قول ابن المبارك يوقف ثلث المال ، وعلى قول محمد نصف المال وعلى قول أبي يوسف ثلث المال ، وإن ولد ميتا لاحكم له ولا يرث ، وإنما تعرف حياته بأن تنفس كما ولد أو استهل بأن سمع له صوت أو عطس أو تحرك نضو منه كعينييه أو شفثيه أو يديه ، لأن بهذه الأشياء تعلم حياته ، قال عليه الصلاة والسلام « إذا استهل الصبي ورث وصلى عليه » فإن خرج الأكثر حيا ثم مات ورث ، وبالعكس لا اعتبارا للأكثر ، فإن خرج مستقيما فاذا خرج صدره ورث ، وإن خرج منكوسا يعتبر خروج سرته ، وإن مات بعد الاستهلال ورث وورث عنه .

فصل المفقود

وقد ذكرنا أحكامه وما يتعلق به حال حياته ، ومتى يحكم بموته في بابه ، ونذكر هنا ما يختص بالإرث فنقول : من مات في حال فقدته ممن يرثه المفقود يوقف نصيب المفقود إلى أن يتبين حاله لاحتمال بقاءه ، فإذا مضت المدة التي تقدم ذكرها على ما فيها من الاختلاف ولم يعلم حاله وحكمنا بموته قسمت أمواله بين الموجودين من ورثته كما بينا ، وأما الموقوف من تركة غيره فانه يرد على ورثة ذلك الغير ويقسم بينهم كأن المفقود لم يكن لأننا تيقنا بكونهم وارثين وشككنا فيه ، فكان تورثهم أولى لأن الشك لا يعارض اليقين .

والأصل في ذلك إن كان معه وارث يحجب به لا يعطى شيئا ، وإن كان لا يحجب ولكن ينقص يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقي .

مثاله : مات عن بنتين وابن مفقود وابن ابن وبنت ابن ، يعطى البنتان النصف لأنه متيقن ويوقف النصف الآخر ، ولا يعطى ولد الابن شيئا لأنهم يحجبون به فلا يعطون بالشك . وإن كان معه وارث لا يحجب كالجدة والجدة يعطى كل نصيبه كما في الحمل .

فصل الخنثى

قد سبق في كتاب الخنثى صورته وأحكامه والاختلاف فيه والدليل على توريثه من مثاله ، ونذكر الآن أحكام ميراثه . والأصل فيه أن أبا حنيفة رحمه الله يعطيه أخس النصيبين في الميراث احتياطا ، فلو مات أبوه وتركه وابنا فللابن سهمان وله سهم ؛ ولو تركه وبنتا فالمال بينهما نصفان فرضا وردا . أخت لأب وأم وخنثى لأب وعصبة ، للأخت النصف وللخنثى السدس تكملة الثلثين كالأخت من الأب والباقي للعصبة . زوج وأم وخنثى لأبوين للزوج النصف وللأم الثلث والباقي للخنثى ويجعل ذكرا لأنه أقل . زوج وأخت لأبوين وخنثى لأب سقط ويجعل عصبة لأنه أسوأ الحالين . وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله : للخنثى نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى عملا بالشبهين ، وهو قول الشعبي . مثاله : ابن وخنثى . قال محمد على قول الشعبي : المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة . وقال أبو يوسف رحمه الله : على سبعة ، للابن أربعة ، وللخنثى ثلاثة ، لأن الابن عند الانفراد يستحق جميع المال ، والخنثى يستحق ثلاثة أرباعه ، فإذا اجتمعا يقسم بينهما على قدر حقيهما فيضرب هذا بأربعة وهذا بثلاثة فيكون سبعة . ولحمد رحمه الله أن الخنثى لو كان ذكرا كان المال بينهما نصفين ، ولو كان أنثى كان أثلاثا فيحتاج إلى حساب له نصف وثلث وأقله ستة ، فلو كان الخنثى ذكرا يكون له ثلاثة ، ولو كان أنثى فاثنتان فسهمان له ييقين ووقع الشك في سهم فينصف فيكون له سهمان ونصف فيضعف ليزول الكسر فتصير اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة ، وعلى هذا تخرج جميع مسائل الخنثى .

فصل

قد ذكرنا أن الموانع من الإرث : الرق ، والقتل ، واختلاف الملتزمين والدارين حكما . أما الرق فلأن العبد لأملاك له وليس من أهل الملك والتملك ، وكذلك المكاتب . قال

عليه الصلاة والسلام « المكاتب عبد ما يقي عليه درهم » فلا يرث ولا يورث ولا يحجب ، فان مات وترك وفاء أدى عنه بدل الكتابة والباقي لورثته على ما عرف في بابه ، والمستسعى كالمكاتب عنده ، وقد مر في العتق . وأما الكفر ، فلقوله عليه الصلاة والسلام « لا يتوارث أهل ملتين شتى » لا يرث كافر من مسلم ، ولا مسلم من كافر « والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم بعضا وإن اختلفت شرائعهم . روى سعيد بن جبيرة عن عمر رضي الله عنه أنه قال : الكفر كله ملة واحدة ولأن الكفر كله ضلال وهو ضد الإسلام فيجعل ملة واحدة ، ويتوارثون بما يتوارث به أهل الإسلام من الأسباب إلا الأنكحة الباطلة ؛ واختلاف الدارين حقيقة أن يكون لكل دار ملك على حدة ويرى كل واحد منهما قتال الآخر كالروم والصين ، لأن عند ذلك تكون الولاية منقطعة فيما بينهم كدار الإسلام ودار الحرب .

أهل الذمة وأهل الحرب لا توارث بينهم ، سواء كان الحربى في دارهم أو مستأمننا عندنا لا يرث الذى ولا يرثه الذى لانقطاع الولاية فيما بين أهل الدارين ، لأن الحربى باقى على حكم حربته فانه لا يمنع من العود إلى داره ، وهذا معنى اختلاف الدارين حكما ؛ وإذا مات المستأمن عندنا وترك مالا يجب أن نبعثه إلى ورثته وفاء بمقتضى الأمان ؛ ومن مات من أهل الذمة ولا وارث له فماله لبيت المال لأنه لامستحق له ، وميراث المرتد وأحكامه مرفى السير . وأما القتل فالقاتل مباشرة بغير حق لا يرث من مقتوله عمدا كان أو خطأ لقوله صلى الله عليه وسلم « لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة » من غير فصل بين العمد والخطأ ، وقتل الصبي والمجنون والمعنوه والمبرسم والموسوس لا يوجب حرمان الميراث لأن الحرمان ثبت جزاء قتل محظور ، وفعل هؤلاء ليس بمحظور لقصور الخطاب عنهم نصار كالقتل بحق ، والحديث خص عنه القتل بحق فتخص هذه الصور بظاهر آيات الموارث وظاهر الآيات أقوى من ظاهر الحديث . والتسبيح إلى القتل لا يحرم الميراث كحافر البئر ووضع الحجر وصب الماء في الطريق ونحوه ، لأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل حقيقة والتسبيح ليس قتلا حقيقة لأن القتل ما يحل في الحى فيؤثر في انزهاق الروح والتسبيح ليس كذلك لأنه فعل في غيره تعدى أثره إليه ، وصار كمن أوقد نارا في داره فأحرق دار جاره لاضمان عليه ؛ وكل قتل أوجب القصاص أو الكفارة كان مباشرة فيحرم به الميراث ، ومالا يوجب ذلك فهو تسبيح لا يحرم الميراث ، والراكب مباشر لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمقتول فكأنهما وطئاه جميعا ، والنائم ينقلب على مورثه فيقتله مباشرة ، والقائد والسائق مسبب لأنه لم يتصل ثقله بالمقتول فلا يكون مباشرا ، وفي قتل الباغي العادل وعكسه تفصيل وخلاف عرف في السير بتوفيق الله تعالى .

فصل

الْمُنَاسَخَةُ : أَنْ يَمُوتَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ تُصَحَّحَ فَرِيضَةُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ وَتُصَحَّحَ فَرِيضَةُ الْمَيِّتِ الثَّانِي ، فَإِنْ انْقَسَمَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ الثَّانِي مِنْ فَرِيضَةِ الْأَوَّلِ عَلَى وَرَثَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ ؛ وَإِنْ كَانَ لَا يَسْتَقِيمُ ، فَإِنْ كَانَ بَيْنَ سَهَامِهِ وَمَسْأَلَتِهِ مُوَافَقَةً فَاضْرِبْ وَفْقَ التَّصْحِيحِ الثَّانِي فِي التَّصْحِيحِ الْأَوَّلِ ؛ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا مُوَافَقَةً فَاضْرِبْ كُلَّ الثَّانِي فِي الْأَوَّلِ ، فَالْحَاصِلُ مُخْرَجُ الْمَسْأَلَتَيْنِ .

وَطَرِيقُ الْقِسْمَةِ أَنْ تَضْرِبَ سَهَامَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ فِي الْمَضْرُوبِ ، وَسَهَامَ وَرَثَةِ الْمَيِّتِ الثَّانِي فِي كُلِّ مَا فِي يَدِهِ أَوْ فِي وَفْقِهِ ، فَإِنْ مَاتَ ثَالِثٌ فَصَحَّحِ الْمَسْأَلَتَيْنِ الْأُولَيَيْنِ ، وَانْظُرْ إِلَى سَهَامِ الثَّالِثِ مَعَهُمَا إِنْ كَانَ مِنْهُمَا أَوْ مِنْ أَحَدِهِمَا ، فَإِنْ انْقَسَمَتْ عَلَى مَسْأَلَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ الْمَسْأَلَةُ الثَّلَاثُ ،

فصل المناسخات

(المناسخة : أَنْ يَمُوتَ بَعْضُ الْوَرَثَةِ قَبْلَ الْقِسْمَةِ . وَالْأَصْلُ فِيهِ أَنْ تُصَحَّحَ فَرِيضَةُ الْمَيِّتِ الْأَوَّلِ وَتُصَحَّحَ فَرِيضَةُ الْمَيِّتِ الثَّانِي ، فَإِنْ انْقَسَمَ نَصِيبُ الْمَيِّتِ الثَّانِي مِنْ فَرِيضَةِ الْأَوَّلِ عَلَى وَرَثَتِهِ فَقَدْ صَحَّتِ الْمَسْأَلَتَانِ) .

مثاله : ابن و بنت مات الابن عن ابنين ، فريضة الأول من ثلاثة للابن سهران ولبنت سهم ، وفريضة الثاني من اثنين فيقسم نصيبه على ورثته (وإن كان لا يستقيم ، فإن كان بين سهامه ومسألته موافقة فاضرب وفق التصحيح الثاني في التصحيح الأول ، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب كل الثاني في الأول ، فالحاصل مخرج المسألتين . وطريق القسمة أن تضرب سهام ورثة الميت الأول في المضروب ، وسهام ورثة الميت الثاني في كل ما في يده أو في وفقه) لأن تركة الثاني بعض فريضة الأول ، فإذا صار جميع الفريضة الأولى مضروباً في جميع الثانية صار كل بعض منها مضروباً في جميع الثانية فتصير جميع الثانية مضروباً في بعض الأولى وهو تركة الثاني ضرورة لأن الضرب يقوم بالطرفين (فإن مات ثالث فصحيح المسألتين الأوليين) على ما ذكرنا (وانظر إلى سهام الثالث معهما إن كان منهما أو من أحدهما ، فإن انقسمت على مسألته فقد صحت المسائل الثلاث

وإن لم تنقسم فاضرب مسألة أو وفقها فيما صحت منه الأوليان ، فمن له شيء من الأولى
شيء من الأولى والثانية مضروب في الثالثة أو في وفقها ، ومن له شيء
في الثالثة مضروب في سهام الميت الثالث أو في وفقها ، وكذا إن مات رابع
وخامس .

وإن لم تنقسم فاضرب مسألة أو وفقها فيما صحت منه الأوليان ، فمن له شيء من الأولى
والثانية مضروب في الثالثة أو في وفقها ، ومن له شيء في الثالثة مضروب في سهام الميت
الثالث أو في وفقها ، وكذا إن مات رابع وخامس .

مثاله : امرأة وأم وأخت من أم وعم ، مات العم وخلف ابنا وبنتا ، الأولى من اثني عشر
والثانية من ثلاثة وسهام العم ثلاثة تستقيم على مسألة فقد صحت المسألتان من اثني عشر .
آخر : زوجة وثلاث أخوات متفرقات وعم ، ماتت الأخت من الأبوين وخلفت هؤلاء ،
الأولى من ثلاثة عشر للأخت من الأبوين ستة تنقسم على تركتها فصحت المسألتان من
ثلاثة عشر ، حصل للأخت من الأب خمسة : سهام من الأولى ، وثلاثة من الثانية ،
وللأخت من الأم ثلاثة ، من الأولى سهامان ومن الثانية سهم ، ولعم سهامان من الثانية ،
وللزوجة ثلاثة من الأولى . آخر زوجة وثلاث أخوات متفرقات ، ماتت الأخت من
الأبوين وخلفت زوجا وأختا لأب وأختا لأم ، الأولى من ثلاثة عشر ، والثانية من سبعة ،
وسهام الميت الثاني من التركة الأولى ستة لاتستقيم على مسألةا وهي سبعة ولا موافقة ،
فاضرب سبعة في ثلاثة عشر يكن إحدى وتسعين منها تصح المسألتان . آخر زوجة وثلاث
أخوات متفرقات وأم وأخ لأم من سبعة عشر ، ماتت الأم وخلفت أبا وأما وابنا وابنتين
من ستة وسهامها من الأولى اثنان لاتستقيم على مسألةا لكن توافق بالنصف ، فاضرب وفق
مسألةا وهو ثلاثة في سبعة عشر يكن إحدى وخسين منها تصح المسألتان ، فكل من له
شيء من الأولى مضروب في ثلاثة ، ومن له شيء من الثانية مضروب في واحد فيكون
للأم تسعة وللأخت من الأبوين ثمانية عشر وللأخت من الأب ستة ، وللأخت من الأم
سبعة ، وللأخ من الأم ستة ، ولكل واحد من الأبوين سهم واحد (١) . آخر ابنان مات
أحدهما وترك بنتا وأخا ، ثم ماتت البنت وترك زوجا وبنتا وعمما هو ابن الميت الأول ،
الأولى من اثنين وكذلك الثانية ، والثالثة من أربعة ، اضرب أربعة في مبلغ الفريضتين
الأوليين وهي أربعة تكن ستة عشر منها تصح المسائل ، للعم من المسألتين الأوليين سهامان
من مسألة الأب ، وسهم من الأخ اضربها في أربعة يكن اثني عشر ، وكان للميت الثالث
سهم من أبيها مضروب في أربعة يستقيم على ورثتها ، للبنت سهامان ، وللزوج سهم ،

(١) أي مضروبا في ثلاثة ، وبذا يكون المجموع واحدا وخمسة اهـ .

حساب الفرائض

اعْلَمْ أَنَّ الْفَرُوضَ نَوَعَانِ : الْأَوَّلُ النِّصْفُ وَالرُّبْعُ وَالثُّمْنُ . وَالثَّانِي الثَّلَاثُ وَالثَّلَاثَانِ وَالسُّدُسُ ، فَالنِّصْفُ مِنْ اثْنَيْنِ ، وَالرُّبْعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ ، وَالثُّمْنُ مِنْ سِتِّينَ ، وَالثَّلَاثَانِ وَالثَّلَاثُ مِنْ ثَلَاثَةٍ ، وَالسُّدُسُ وَالسُّدُسَانِ مِنْ سِتَّةٍ ، فَإِذَا اخْتَلَطَ النِّصْفُ مِنَ النَّوعِ الْأَوَّلِ بِكُلِّ النَّوعِ الثَّانِي أَوْ بَعْضِهِ أَوْ بِاثْنَيْنِ فَهِيَ مِنْ سِتَّةٍ ، وَإِنْ اخْتَلَطَ الرَّبْعُ بِالْكُلِّ أَوْ بَعْضِهِ فَمِنْ اثْنَيْ عَشَرَ ، وَإِنْ اخْتَلَطَ الثُّمْنُ كَذَلِكَ فَمِنْ أَرْبَعَةٍ وَعَشْرِينَ ؛

والباقي للعمّ وهو سهم فحصل له وهو ابن الميت الأول وأخ الثاني وعمّ الثالث ثلاثة عشر من المسائل ، من الأولى ثمانية ، ومن الثانية أربعة ، ومن الثالثة سهم . آخر رجل مات وترك ابنين وبنتين ثم مات أحد الابنين عن امرأة وبنت وعصبة ، الأولى من ستة والثانية من ثمانية ، وسهامه من الأول اثنان لا يستقيم على مسئلته لكن يوافق فريضة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو أربعة في الفريضة الأولى وهي ستة تكن أربعة وعشرين منها تصحّ المسألان ، كان للابن من الميت الأول سهمان مضروبان في أربعة تكن ثمانية ، وللبنّتين سهمان مضروبان في أربعة ثمانية ، وللزوجة سهم مضروب في وفق فريضة وهو سهم يكون لها ، وللبنت أربعة مضروبة في سهم هي لها ، وللعلم ثلاثة في سهم هي له ؛ ولو ماتت البنت عن زوج وآم وعصبة تصحّ من ستة ، وسهامها من المسألة الثانية أربعة ، وبينهما موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضتها وهي ثلاثة في مبلغ الفريضتين الأولتين وهو أربعة وعشرون تكن اثنين وسبعين منها تصحّ المسائل ؛ وعلى هذا تخرج جميع مسائل هذا الباب ، والذي يسهل ذلك المباشرة وكثرة العمل بنوفيق الله تعالى .

حساب الفرائض

(اعلم أن افروض نوعان : الأول النصف والربع والثمن . والثاني الثلث والثلثان والسدس) ومخرج كل كسر عدد مافي الواحد من أمثاله ومخرج الكسر المكرر مخرج الكسر المفرد كالثلث والثلثين والسدس والسدسين (فالنصف من اثنين ، والربع من أربعة ، والثمن من ثمانية ، والثلثان والثلث من ثلاثة ، والسدس والسدسان من ستة ؛ فإذا اختلط النصف من النوع الأول بكل النوع الثاني) وهو الثلث والثلثان والسدس (أو بعبارة أخرى بواحد منها) أو باثنين فهي من ستة ؛ وإن اختلط الربع بالكل أو بعبارة أخرى فثاني عشر ، وإن اختلط الثمن كذلك فمن أربعة وعشرين) وقد تقدم أمثله في فصل العول ،

فَإِذَا صَحَّتِ الْفَرِيضَةُ ، فَإِنْ انْقَسَمَتِ سِهَامُ كُلِّ فَرِيقٍ عَلَيْهِ فَلَا حَاجَةَ لِلضَّرْبِ ، وَإِنْ انْكَسَرَتْ فَاضْرِبْ عَدَدَ رُءُوسٍ مَنِ انْكَسَرَ عَلَيْهِ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ وَعَوْلَهَا إِنْ كَانَتْ عَائِلَةً فَمَا خَرَجَ تَحْتَ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ ، وَإِنْ وَافَقَ سِهَامُهُمْ عَدَدَهُمْ فَاضْرِبْ وَفْقَ عَدَدِهِمْ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنْ انْكَسَرَتْ عَلَى فَرِيقَيْنِ فَاطْلُبِ الْمُوَافَقَةَ بَيْنَ سِهَامِ كُلِّ فَرِيقٍ وَعَدَدِهِمْ ثُمَّ بَيْنَ الْعَدَدَيْنِ ، فَإِنْ كَانَا مُتَمَاثِلَيْنِ فَاضْرِبْ أَحَدَهُمَا فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنْ كَانَا مُتَدَاخِلَيْنِ فَاضْرِبْ أَكْثَرَهُمَا ، وَإِنْ كَانَا مُتَوَافِقَيْنِ فَاضْرِبْ وَفْقَ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ فَمَا خَرَجَ فِي الْمَسْأَلَةِ ، وَإِنْ كَانَا مُتَنَائِبَيْنِ فَاضْرِبْ كُلَّ أَحَدِهِمَا فِي الْآخِرِ ثُمَّ الْجَمُوعَ فِي الْمَسْأَلَةِ ،

(فإذا صحت الفريضة ، فإن انقسمت سهام كل فريق عليه فلا حاجة للضرب . وإن انكسرت فاضرب عدد رؤوس من انكسر عليه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما خرج صحت منه المسألة) مثاله : امرأة وأخوان للمرأة الربع سهم يبقى ثلاثة لا يستقيم على أخوين ولا يوافقهما فاضرب اثنين في أربعة يكن ثمانية منها تصح (وإن وافق سهامهم عددهم فاضرب وفق عددهم في المسألة) مثاله : امرأة وستة إخوة ، للزوجة الربع يبقى ثلاثة لا يستقيم على ستة وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب وفق عددهم وهو اثنان في أصل المسألة وهو أربعة تكن ثمانية منها تصح ، كان للزوجة سهم في اثنين تكن اثنين . وللإخوة ثلاثة في اثنين يكن ستة لكل واحد سهم . آخر زوجة وستة إخوة وثلاث أخوات لأبوين ، أصلها من أربعة ، للزوجة سهم يبقى ثلاثة لا يستقيم على خمسة عشر لكن بينهما موافقة بالثلث فترجع الخمسة عشر إلى ثلثها وهو خمسة فاضرب خمسة في أربعة تكن عشرين منها تصح (وإن انكسرت على فريقين فاطلب الموافقة بين سهام كل فريق وعددهم ثم بين العددين ، فإن كانا متماثلين فاضرب أحدهما في أصل المسألة ، وإن كانا متداخِلين فاضرب أكثرهما ، وإن كانا متوافِقين فاضرب وفق أحدهما في الآخر فما خرج في المسألة ، وإن كانا متنايِنين فاضرب كل أحدهما في الآخر ثم المجموع في المسألة) مثاله : ثلاثة أعمام وثلاث بنات ، للبنات الثلثان يبقى سهم للأعمام فقد انكسر على الفريقين وهما متماثلان فاضرب عدد أحدهما وهو ثلاثة في أصل المسألة تكن تسعة منها تصح . آخر خمس جدات وخمس أخوات لأبوين وعم أصلها من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد لكن الأعداد متماثلة ، فاضرب أحدهما وهو خمسة في المسألة تكن ثلاثين منها تصح . آخر جدة وست أخوات لأبوين وتسع أخوات لأم من ستة وتعمل إلى سبعة ، للجدة سهم وللأخوات لأم سهمان ولا موافقة ، وللأخوات

وإن انكسر على ثلاث فرق أو أكثر فكذلك تطلب المشاركة أولاً بين السهام والأعداد ، ثم بين الأعداد والأعداد ، ثم افعل كما فعلت في الفريقين في المداخلة والمماثلة والموافقة والمباينة وما حصل من الضرب بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه في أصل المسألة .

لأبوين أربعة وبينهما موافقة بالنصف فترجع إلى ثلاثة وهي داخلة في التسعة ، فاضرب تسعة في أصل المسألة وهي سبعة تكن ثلاثة وستين منها تصح . آخر بنت وست جدات وأربع بنات ابن وعم ، من ستة ولا موافقة بين السهام والأعداد ، لكن بين الرؤوس وهي الستة والأربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الآخر يكن اثني عشر ثم اثني عشر في المسألة يكن اثنين وسبعين منها تصح . آخر زوجة وست عشرة أختا لأم وخمسة وعشرون عما ربع وثلاث وأصلها من اثني عشر ، وبين سهام الأخوات وعددهن موافقة بالربع فترجع إلى أربعة ، وبين الأعمام وسهامهم موافقة بالخمسة فترجع إلى خمسها وهي خمسة ، ولا موافقة بين الأعداد ، فاضرب أحد العددين وهو أربعة في الآخر وهو خمسة يكن عشرين ثم اضربها في أصل المسألة اثني عشر يكن مائتين وأربعين منها تصح (وإن انكسر على ثلاث فرق أو أكثر فكذلك تطلب المشاركة أولاً بين السهام والأعداد ، ثم بين الأعداد والأعداد ، ثم افعل كما فعلت في الفريقين في المداخلة والمماثلة والموافقة والمباينة) ولا يتصور الكسر على أكثر من أربع فرق في الفرائض (وما حصل من الضرب بين الفرق وسهامهم يسمى جزء السهم فاضربه في أصل المسألة) مثاله : أربع زوجات وثلاث جدات واثناعشر عما ، أصلها من اثني عشر للزوجات الربع ثلاثة ، وللجدات السدس سهران ، وللأعمام ما بقي سبعة ، ولا موافقة بين الأعداد والسهام ، لكن الأعداد متداخلة ، فاضرب أكثرها وهو اثني عشر في أصل المسألة تكن مائة وأربعة وأربعين منها تصح ، كان للزوجات ثلاثة في اثني عشر تكن ستة وثلاثين لكل زوجة تسعة ، وكان للجدات سهران في اثني عشر أربعة وعشرين لكل جدة ثمانية ، وكان للأعمام سبعة في اثني عشر أربعة وثمانين لكل عم سبعة . آخر ست جدات وتسع بنات وخمسة عشر عما أصلها من ستة ، للجدات سهم لا ينقسم ولا موافقة ، للبنات أربعة كذلك ، وللأعمام سهم كذلك ، وبين أعدادهم موافقة ، فاضرب ثلث الجدات وهو اثنان في عدد البنات وهو تسعة تكن ثمانية عشر . ثم اضرب وفقها الثلث وهو ستة في عدد الأعمام وهو خمسة عشر تكن تسعين ، ثم اضرب التسعين في أصل المسألة وهو ستة تكن خمسمائة وأربعين منها تصح . آخر زوجتان وعشر جدات وأربعون أختا لأم وعشرون عما ، أصلها من اثني عشر للزوجتين الربع ثلاثة لا تنقسم ولا موافقة ، وللجدات السدس سهران لا ينقسم لكن بينهما

موافقة بالنصف فيرجع إلى نصفها وهي خمسة ، وللأخوات الثلث أربعة لا ينقسم ولكن يوافق بالربع فيرجع إلى ربعها وهو عشرة ، وللأعمام ما بقي وهو ثلاثة لا ينقسم ولا موافقة والخمسة والعشرة داخلة في العشرين ، فاضرب عشرين في أصل المسألة وهو اثنا عشر تكن مائتين وأربعين منها تصح . آخر أربع زوجات وخمس عشرة جدة وثماني عشرة بنتا وستة أعمام ، أصلها من أربعة وعشرين ، وللزوجات الثمن ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق ، وللجدات السدس أربعة كذلك ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهم موافقة بالنصف فيرجع إلى النصف وهي تسعة ، بقي للأعمام سهم معنا أربعة وخمسة عشر وتسعة وستة وبين التسعة والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في الآخر يكن ثمانية عشر بينهما وبين الخمسة عشر موافقة بالثلث أيضا ، فاضرب ثلث أحدهما في الآخر يكن تسعين وهي توافق الأربعة : النصف فاضرب اثنين في التسعين يكن مائة وثمانين اضربها في أصل المسألة أربعة وعشرين يكن أربعة آلاف وثلاثمائة وعشرين منها تصح . آخر زوجتان وعشر بنات وست جدات وسبعة أعمام ، من أربعة وعشرين ، وللزوجتين الثمن ثلاثة لا ينقسم ولا يوافق ، وللبنات الثلثان ستة عشر بينهما موافقة بالنصف فترجع إلى خمسة ، للجدات السدس أربعة بينهما موافقة بالنصف أيضا يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام سهم ، هنا اثنان وخمسة وثلاثة وسبعة كلها متباينة فاضرب اثنين في خمسة تكن عشرة ، اضربها في ثلاثة تكن ثلاثين ، اضربها في سبعة تكن مائتين وعشرة ، اضربها في أصل المسألة تكن خمسة آلاف وأربعين .

فصل : في معرفة التوافق والتماثل والتداخل والتباين

اعلم أن كل عددين لا يخلو عن هذه الأقسام الأربعة . أما المتماثلان فهما المتساويان كالثلاثة والثلاثة ، والخمسة والخمسة وهذا يعرف بالبدئية . وأما المتداخلان فكل عددين أحدهما جزء الآخر وهو أن لا يكون أكثر من نصفه كالثلاثة مع التسعة والأربعة مع الاثني عشر ، فالثلاثة ثلث التسعة ، والأربعة ثلث الاثني عشر ، والأربعة نصف الثمانية ، وكذلك الثلاثة مع الستة . طريق معرفة ذلك أن تسقط الأقل من الأكثر ، فان فني به فهما متداخلان كالخمسة والأربعة مع العشرين ، فانك إذا أسقطت الخمسة من العشرين أربع مرات ، أو الأربعة خمس مرات فبقيت العشرون فعلت أنهما متداخلان . أو نقول : كل عددين ينقسم الأكثر على الأقل" قسمة صحيحة فهما متداخلان كما ذكرنا ، فانك إذا قسمت العشرين على الخمسة يحییء أربعة أقسام صحيحة ، وكذلك إذا قسمتها على الأربعة يحییء خمسة أقسام صحيحة . وأما المتوافقان فكل عددين لا يفني أحدهما الآخر ولا ينقسم عليه لكن يفنيهما عدد آخر يكونان متوافقين بجزء العدد المفني : كالثمانية مع الاثني عشر

تفنيهما أربعة فهما متوافقان بالربع ، وكذلك خمسة عشر مع خمسة وعشرين يفنيهما خمسة فتوافقهما بالخمس ، وقد يفنيهما أعداد كائنى عشر وثمانية عشر فانه يفنيهما الستة والثلاثة والاثنان فيؤخذ جزء الوفاق من أكثر الأعداد فيكون أنحصر في الضرب والحساب . وطريق معرفة الموافقة أن ينقص أحدهما من الآخر أبدا ، فما بقى فخذ جزء الموافقة من ذلك كخمس عشرة مع خمسة وعشرين ، فانك إذا نقصت منها الخمسة عشر تبقى عشرة ، فإذا نقصت العشرة من خمسة عشر تبقى خمسة ، فإذا نقصت الخمسة من العشرة تبقى خمسة فتأخذ جزء الموافقة من خمسة . وطريق معرفة جزء الموافقة أن تنسب الواحد إلى العدد الباقي فما كان من نسبة الواحد إليه فهو جزء التوافق ، مثاله ما ذكرنا . بقى خمسة انسب الواحد إليها تكن خمسا ، فاعلم أن الموافقة بينهما بالأخماس ، وإن كان الجزء المفقى أكثر من عشرة كالستة والثلاثين والأربعة والخمسين فالذى يفنيهما الثمانية وعشر، واثنان وعشرون وثلاثة وثلاثون يفنيهما أحدهما عشر ، وثلاثون وخمسة وأربعون يفنيهما خمسة عشر ، فانظر فإن كان العدد المفقى فردا أولا وهو الذى ليس له جزء صحيح: أى لا يتركب من ضرب عدد فى عدد كأحد عشر فقل الموافقة بينهما جزء من أحد عشر لأنه لا يمكن التعبير عنه بشيء آخر ، وإن كان العدد المفقى زوجا كالثمانية عشر فيها ذكرنا ، أو فردا مركبا وهو الذى له جزءان صحيحان أو أكثر كخمس عشرة فان لها جزءين صحيحين وهو الخمس ثلاثة والثلاث خمسة ، ويسمى مركبا لأنه يتركب من ضرب عدد فى عدد وهو ثلاثة فى خمسة ، فإن شئت أن تقول كما قلت فى الفرد الأوّل هو موافق بجزء من خمسة عشر وجزء من ثمانية عشر ، وإن شئت أن تنسب الواحد إليه بكسرين ينضاف أحدهما إلى الآخر فتقول فى خمسة عشر بينهما موافقة بثلاث الخمس وفى ثمانية عشر بثلاث السدس ، وقس عليه نظائره . وأما المتباينان فكل عددين ليسا متداخلين ولا متماثلين ولا يفنيهما إلا الواحد كالخمس مع السبعة ، والسبعة مع التسعة ، وأحد عشر مع عشرين وأمثاله ، وإذا صححت المسألة بما تقدم من الطرق وأردت أن تعرف نصيب كل فريق من التصحيح فاضرب ما كان له من أصل المسألة فيما ضربته فى أصلها فما خرج فهو نصيب ذلك الفريق ومعرفة نصيب كل وارث أن تضرب سهامه فيما ضربته فى أصل المسألة يخرج نصيبه . مثاله: أربع زوجات وست أخوات لأبوين وعشرة أعمام ، أصلها من اثني عشر ، للزوجات الربع ثلاثة لاستقيم ولا توافق ، وللأخوات الثلثان ثمانية لاستقيم لكن يوافق بالنصف يرجع إلى ثلاثة ، وللأعمام واحد ، هنا أربعة وثلاثة وعشرة ، بين الأربعة والعشرة موافقة بالنصف ، فاضرب نصف أحدهما فى الآخر يكنّ عشرين ، ثم اضرب العشرين فى ثلاثة يكنّ ستين ، اضربها فى أصل المسألة اثني عشر يكنّ سبعمائة وعشرين منها نصح ، فإذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق

فصل

وَإِذَا كَانَتِ التَّرِكَةُ دَرَاهِمَ أَوْ دَنَانِيرَ وَأَرَدْتَ أَنْ تَقْسِمَهَا عَلَى سِهَامِ الْوَرَثَةِ فَاضْرِبْ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ مِنَ التَّصْحِيحِ فِي التَّرِكَةِ ثُمَّ اقْسِمِ الْمَبْلَغَ عَلَى الْمَسْأَلَةِ وَإِنْ كَانَ بَيْنَ التَّرِكَةِ وَالتَّصْحِيحِ مُوَافَقَةٌ فَاضْرِبْ سِهَامَ كُلِّ وَارِثٍ مِنَ التَّصْحِيحِ فِي وَفْقِ التَّرِكَةِ ، ثُمَّ اقْسِمِ الْمَبْلَغَ عَلَى وَفْقِ التَّصْحِيحِ يَخْرُجُ نَصِيبُ ذَلِكَ الْوَارِثِ ،

فقل : كان للزوجات ثلاثة مضروبة فيما ضربته في أصل المسألة وهي ستون تكن مائة وثمانين ، وكان للأخوات ثمانية مضروبة في ستين يكن أربعمائة وثمانين ، وكان للأعمام سهم في ستين تكن ستين ؛ وإذا شئت أن تعرف نصيب كل وارث فقل : كان لكل زوجة ثلاثة أرباع سهم مضروبة في ستين تكن خمسة وأربعين ، وكان لكل أخت سهم وثلاث في ستين يكن ثمانين ، ولكل عم عشر سهم في ستين تكن ستة ، فهذا بيان تصحيح المسائل ومعرفة نصيب كل فريق وكل وارث ، فقس عليه أمثاله واعمل بما أوضحته من الطرق تجده كذلك إن شاء الله تعالى .

وطريق آخر لمعرفة نصيب كل فرد : أن تقسم المضروب على أي فريق شئت ثم اضرب الخارج في نصيب ذلك الفريق فالحاصل نصيب كل واحد من ذلك الفريق . مثاله ما تقدم من المسألة المضروب ستون تقسمه على الزوجات الأربع تخرج خمسة عشر تضرب في نصيب الزوجات وهو ثلاثة تكن خمسة وأربعين فهو نصيب كل زوجة ؛ ولو قسمتها على الأخوات يخرج لكل أخت عشرة تضربها في سهامهن وهي ثمانية تكن ثمانين هي لكل أخت ؛ ولو قسمتها على الأعمام تخرج ستة تضربها في نصيبهم وهو سهم يكن ستة لكل عم .

وطريق آخر طريق النسبة ، أن تنسب سهام كل فريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم ثم تعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل واحد من آحاد الفريق . ومثاله مسألتنا فنقول : سهام الزوجات ثلاثة ينسبها إلى عددهن وهو أربع يكن ثلاثة أرباع المضروب وهو خمسة وأربعون ، وهكذا تعمل في نصيب الأخوات والأعمام .

فصل في قسمة التركات

(وإذا كانت التركة دراهم أو دنانير ، وأردت أن تقسمها على سهام الورثة ، فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في التركة ، ثم اقسم المبلغ على المسألة ؛ وإن كان بين التركة والتصحيح موافقة فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في وفق التركة ، ثم اقسم المبلغ على وفق التصحيح يخرج نصيب ذلك الوارث) وكذلك تعمل لمعرفة نصيب كل فريق ؛

وإن شئت أن تعمل بطريق النسبة كما تقدم ، وإن شئت بطريق القسمة ، وإذا أردت أن تعرف صحة العمل من خطئه فاجمع تفصيله وقابله بالجملة ، فإن تساويا فالعمل صحيح وإلا فهو خطأ فأعد العمل ليصح إن شاء الله .

مثاله : زوج وأخت لأب وأخت لأم ، أصلها من ستة وتعمل إلى سبعة ، والتركة لخمسون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في خمسين يكن مائة وخمسين ، اقسماها على المسألة وهي سبعة تخرج أحدا وعشرين وثلاثة أسباع ، وكذلك الأخت من الأب ، وسهم للأخت من الأم تضربه في خمسين تكن خمسين اقسماها على سبعة تخرج سبعة وسبع ، وإذا جمعت كانت خمسين فقد صح العمل . وطريق النسبة أن تنسب سهام الزوج وهي ثلاثة أسباع فيكون له من التركة ثلاثة أسباعا وهي أحد وعشرون وثلاثة أسباع وهكذا تفعل بالباقي . وطريق القسمة أن تقسم التركة على سبعة تخرج سبعة وسبع ، تضربها في سهام الزوج وهي ثلاثة يكن أحدا وعشرين وثلاثة أسباع ، وهكذا يفعل بالباقي .

آخر : زوج وأبوان وبنتان ، أصلها من اثني عشر وتعمل إلى خمسة عشر ، والتركة أربعة وثمانون ديناراً وبينهما موافقة بالثلث ، فاضرب سهام البنتين وهي ثمانية في وفق التركة وهو ثمانية وعشرون تكن مائتين وأربعة وعشرين ، اقسماها على وفق التصحيح وهو خمسة تكن أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، ثم اضرب سهام الأبوين وهي أربعة في ثمانية وعشرين تكن مائة واثنى عشر ، اقسماها على خمسة تكن اثنين وعشرين وخمسين ثم اضرب سهام الزوج وهي ثلاثة في ثمانية وعشرين تكن أربعة وثمانين ، اقسماها على خمسة تكن ستة عشر وأربعة أخماس فقد صحت المسألة . وطريق القسمة أن يقسم وفق التركة وهو ثمانية وعشرون على وفق المسألة وهي خمسة يخرج خمسة وثلاثة أخماس ، إن ضربتها في سهام الزوج تخرج ستة عشر وأربعة أخماس ، وفي سهام الأبوين اثنان وعشرون وخمسان وفي سهام البنتين أربعة وأربعين وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحت . وطريق النسبة أن تقول : للزوج ثلاثة من خمسة عشر يكون له خمس التركة وهو ستة عشر وأربعة أخماس ، وللأبوين أربعة من خمسة عشر سدسها وعشرها فأعطهما سدس التركة وعشرها وهو اثنان وعشرون وخمسان ، وللبنتين ثمانية من خمسة عشر ثلث وخميس فلهما ثلث التركة وخميسها ، وذلك أربعة وأربعون وأربعة أخماس ، والمجموع أربعة وثمانون فقد صحت المسألة ، وإذا كانت سهام المسألة عددا أصم فاعمل ما ذكرت من طريق الضرب ، فإن بقي شيء لا ينقسم بالآحاد على المقسوم عليه فاضربه في عدد القاريط وهو عشرون واقسمها ، فإن بقي من القاريط شيء لا ينقسم بالآحاد فاضربه في عدد الحبات ثلاثة ثم اقسمه ، فإن بقي شيء لا ينقسم فاضربه في عدد الأرز أربعة ، فإن بقي شيء فانسبه

وَكَذَلِكَ يُقَسَّمُ بَيْنَ أَرْبَابِ الدِّيُونِ فَيُجْعَلُ مَجْمُوعُ الدِّيُونِ كَتَصْحِيحِ
المَسْأَلَةِ ، وَيُجْعَلُ كُلُّ دَيْنٍ كَسَهْمٍ وَارِثٍ .
وَمَنْ صَالَحَ مِنَ الْغُرَمَاءِ أَوْ الْوَرَثَةِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ التَّرَكَةِ فَاطْرَحَهُ كَانَ
لَمْ يَكُنْ ، ثُمَّ اقْسِمَ الْبَاقِي عَلَى سَهَامِ الْبَاقِينَ .

بالأجزاء إلى الأرزة .

مثاله : زوج وجدة وجد وبنت ، من اثني عشر وتعود إلى ثلاثة عشر ، والتركة
أحد وثلاثون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة في التركة يخرج ثلاثة وتسعون ، اقسّمها
على المسألة ثلاثة عشر والتركة أحد وثلاثون ديناراً ، فاضرب سهام الزوج ثلاثة في التركة
تخرج ثلاثة وتسعون ، اقسّمها على المسألة ثلاثة عشر يخرج لكل واحد سبعة . ، بقي اثنان
لا ينقسمان بالأحاد فاضربهما في عدد القرايط يكنّ أربعين ، اقسّمها على المسألة وهي
ثلاثة عشر يبقى واحد ابسطه أرزا يكنّ اثني عشر ، انسبها إلى المسألة بالأجزاء فيكون
للزوج سبعة دنانير وثلاثة قرايط واثني عشر جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من أرزة ، وللجد
سهمان اضربهما في أحد وثلاثين يكنّ اثنين وستين ، اقسّمها على المسألة تخرج أربعة يبقى عشرة
اضربها في القرايط تكنّ مائتين ، اقسّمها على المسألة تخرج خمسة عشر يبقى خمسة ، ابسطها حبات
تكنّ خمسة عشر ، اقسّمها على المسألة يبقى حبتان ابسطهما أرزا تكنّ ثمانية ، انسبها بالأجزاء فحصل
للجد أربعة دنانير وخمسة عشر قيراطاً وحبة وثمانية أجزاء من ثلاثة عشر جزءاً من أرزة ،
ولللجنة مثله ، وللنبت ضعف الزوج وهو أربعة عشر ديناراً وستة قرايط وأربعة عشر
جزءاً من ثلاثة عشر جزءاً من أرزة وجلتها أحد وثلاثون ديناراً فصحت المسألة (وكذلك
يقسم بين أرباب الديون فيجعل مجموع الديون كتصحيح المسألة ، ويجعل كل دين
كسهم وارث) .

فصل

(ومن صالح من الغرماء أو الورثة على شيء من التركة فاطرحه كأن لم يكن (١) ،
ثم اقسّم الباقي (٢) على سهام الباقيين) .

مثاله : زوج وأم وعم صالح الزوج عن نصيبه من التركة على شيء من المهر

(١) قوله كأن لم يكن ، لا يجوز جعله كأن لم يكن ، بل يجعل كأنه استوفى نصيبه .

(٢) قوله ثم اقسّم الباقي ، صوابه : اقسّم سهامه .

فاطره كأنها ماتت عن أم وعم فاقسم التركة (١) بينهما للأم الثلث والباقي للعم ، وقد سبق في الصلح بفروعه وتعليه بتوفيق الله تعالى .

المسائل الملقيات

وقد تقدم أكثرها في أثناء الفصول ورقمت أسماءها على الحاشية (٢) ليسهل تناولها ، وهذه مسائل لم تذكر .

المشركة

زوج وأم واثنان من ولد الأم وإخوة وأخوات من الأبوين ، للزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ويسقط الباقيون ؛ وكذا لو كان مكان الأم جدة ، هذا قول أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وهو مذهب أصحابنا . وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت رضي الله عنهما : العصبه من ولد الأبوين يشاركون ولد الأم في الثلث ، وهو قول عمر رضي الله عنه آخره فانه قضى أولا بمثل مذهبنا فوقع في العام القابل ، فأراد أن يقضى بمثل قضائه الأول ، فقال أحد الإخوة لأبوين : يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارا ألسنا من أم واحدة فشارك بينهم وقال : ذاك على ما قضينا وهذا على ما نقضى . سميت مشركة لأن عمر رضي الله عنه شارك بينهم وحاربه لقوله : هب أن أبانا كان حمارا ؛

(١) قوله فاقسم التركة ، الصواب أن يقسم ما بقي على سهام من بقي ، فأصل المسألة من ستة ، للزوج النصف ثلاثة ، فلما صولح وخرج من البين اقسم سهامه وهي ثلاثة على سهام الأم والعم ، فللأم اثنان وللعلم سهم ، لأن سهام الأم من الأصل اثنان ، لأن فرضها ثلث الستة ، وسهم العم واحد لأنه عاصب يأخذ ما أبقت الفروض . فالحاصل أنك تطرح سهام الزوج من التصحيح ، وتقسم التركة أثلاثا : للأم الثلثان ، وللعلم الثلث ، فكان الصواب للمؤلف أن يقول للأم الثلثان وللعلم الثلث كما هو المنصوص في المذاهب من غير خلافه فما قاله المؤلف مخالف للإجماع كما قاله سيد المحققين قدس سره في شرح السراجية ، وهو غلط مشهور من صاحب الاختيار ، وجل من لا ينسى ولا يفلط جل جلاله ، سبحانه لا علم لنا إلا ما علمتنا .

(٢) قوله ورقمت أسماءها على الحاشية : المسائل الملقية التي تقدم ذكرها : هي مسألة اليتيمين ، ومسألة الإلزام ، ومسألة المباهلة ، ومسألة أم الفروخ الشريحية ، ومسألة أم الأرامل ، والمسألة المنبرية ، وثلاثينية ابن مسعود ، والمسألة الأكدرية ، وقد اذكرها في فهرس الكتاب ، فن أراد واحدة منها فليُنظر فيه اهـ .

ولو كان مكان الإخوة لأبوين إخوة لأب سقطوا بالإجماع ولا تكون مشركة ، والصحيح مذهبنا لقوله عليه الصلاة والسلام « ألحقوا الفرائض بأهلها » فما أبقت فلاولى عصبية ذكره وأنه يقتضى تقديم أولاد الأم من شرك بينهم فقد خالف النص ولأنه يوافق الأصول ، فان أولاد الأم أصحاب فرض بنص الكتاب ، وأولاد الأبوين عصبية بنص الكتاب على ما سبق ، والتشريك ينافى ذلك .

الخرقاء

أم وجد وأخت ، سميت خرقاء لأن أقاويل الصحابة تخرقتها. قال أبو بكر رضى الله عنه : للأم الثلث ، والباقي للجد ؛ وقال زيد : للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت أثلاثا ، وقال على . للأم الثلث وللأخت النصف والباقي للجد ؛ وعن ابن عباس روايتان : فى رواية للأخت النصف والباقي بين الأم والجد نصفان ، وفى رواية وهو قول عمر رضى الله عنه : للأخت النصف وللأم ثلث الباقي والباقي للجد ، وتسمى عثمانية لأن عثمان انفرد فيها بقول خرق الإجماع فقال : للأم الثلث والباقي بين الجد والأخت نصفان ، قالوا : وبه سميت خرقاء ، أو تسمى مثلثة عثمان ومربعة ابن مسعود وخمسة الشعي لأن الحاجاج سأله عنها فقال : اختلف فيها خمسة من الصحابة ، وإذا أضيف إليهم قول الصديق كانت مسدسة .

المروانية

ست أخوات متفرقات وزوج ، للزوج النصف ، وللأختين لأبوين الثلثان ، وللأختين للأم الثلث ، وسقط أولاد الأب ، أصلها من ستة وتعول إلى تسعة ، سميت مروانية لوقوعها فى زمن مروان بن الحكم ، وتسمى الفراء لاشتغالها بينهم .

الحزبية

ثلاث جدات متحاذيات وجد وثلاث أخوات متفرقات . قال أبو بكر وابن عباس رضى الله عنهم : للجدات السدس والباقي للجد ، أصلها من ستة وتصح من ثمانية عشر . وقال على رضى الله عنه : للأخت من الأبوين النصف ، ومن الأب السدس تكملة الثلثين ، وللجدات السدس ، وللجد السدس ، وهو قول ابن مسعود . وعن ابن عباس رواية شاذة : للجد أم الأم السدس والباقي للجد . وقال زيد : للجدات السدس والباقي بين الجد والأخت لأبوين والأخت لأب على أربعة ، ثم ترد الأخت من الأب ما أخذت على الأخت من الأبوين ، أصلها من ستة وتصح من اثنين وسبعين وتعول بالاختصار إلى ستة وثلاثين

للجدات ستة ، وللأخت من الأبوين نصيبها ، ونصيب أختها خمسة عشر ، وللجد خمسة عشر سميت حمزية لأن حمزة الزيات سئل عنها فأجاب بهذه الأجوبة .

الدينارية

زوجة وجدة وبناتان واثنا عشر أخا وأخت واحدة لأب وأم ، والتركة ستمائة دينار ، للجدة السدس مائة دينار ، وللبنتين الثلثان أربعمائة دينار ، وللزوجة الثمن خمسة وسبعون دينارا ، يبق خمسة وعشرون دينارا لكل أخ ديناران وللأخت دينار ، ولذلك سميت الدينارية ، وتسمى الداودية لأن داود الطائي سئل عنها فقسمها هكذا ، فجاءت الأخت إلى أبي حنيفة فقالت : إن أخي مات وترك ستمائة دينار فما أعطيت إلا دينارا واحدا ، فقال : من قسم التركة ؟ قالت : تلميذك داود الطائي ، فقال : هو لا يظلم هل ترك أخوك جدة ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك بنتين ؟ قالت نعم ، قال : هل ترك زوجة ؟ قالت نعم ، قال : هل معك اثنا عشر أخا ؟ قالت نعم ، قال : إذن حقك دينار . وهذه المسئلة من المعايمة . فيقال : رجل خلف ستمائة دينار وسبعة عشر وارثا ذكورا وإناثا فأصاب أحدهم دينار واحد .

الامتحان

أربع زوجات وخمس جدات وسبع بنات وتسع أخوات لأب ، أصلها من أربعة وعشرين للزوجات الثمن ثلاثة ، وللجدات السدس أربعة ، وللبنات الثلثان ستة عشر ، وللأخوات ما بقى سهم ، ولا موافقة بين السهام والرعوس ولا بين الرعوس والرعوس ، فيحتاج إلى ضرب الرعوس بعضها في بعض ، فاضرب أربعة في خمسة تكن عشرين ، ثم اضرب عشرين في سبعة تكن مائة وأربعين ، ثم اضرب مائة وأربعين في تسعة تكن ألفا ومائتين وستين فاضربها في أصل المسئلة أربعة وعشرين تكن ثلاثين ألفا ومائتين وأربعين منها تصح المسئلة . وجه الامتحان أن يقال : رجل خلف أصنافا عدد كل صنف أقل من عشرة ولا تصح . إلا مما يزيد على ثلاثين ألفا .

المأمونية

أبوان وبناتان مات إحدى البنتين وخلفت من خلفت ، سميت مأمونية لأن المأمون أراد أن يولى قضاء البصرة أحدا فأحضر بين يديه يحيى بن أكرم فاستحقره ، فسأله عن هذه المسئلة ، فقال : يا أمير المؤمنين أخبرني عن الميت الأول ذكرًا كان أو أنثى ، فعلم المأمون

أنه يعلم المسألة فأعطاه العهد وولاه القضاء . والجواب فيها يختلف بكون الميت الأول ذكرا أو أنثى ، فإن كان ذكرا ، فالمسألة الأولى من ستة للبنتين الثلثان وللأبوين السدسان ، فإذا ماتت إحدى البنتين فقد خلفت أختا وجدا صحيحا أب أب وجدة صحيحة أم أب ، فالسدس للجددة ، والباقي للجد ، وسقطت الأخت على قول أبي بكر . وقال زيد : للجددة السدس ، والباقي بين الجد والأخت أثلاثا على ما عرف من الأصول وصحح المناصفة كما مر من الطريق ، وإن كان الميت الأول أنثى فقد ماتت البنت عن أخت وجدة صحيحة أم أم وجد فاسد أب أم ، فللجددة السدس وللأخت النصف ، والباقي ردّ عايمها ، وسقط الجد الفاسد بالإجماع .

مسائل من متشابه الفرائض

مما يسأل عنها ويمتنح بها القرضيون ذكرتها رياضة للخاطر . قال محمد بن الحسن : جاء رجل إلى قوم يقتسمون ميراثا ، فقال : لا تقسموا فإن لي امرأة غائبة ، فإن كانت حية ورثت هي ولم أرث أنا . وإن كانت ميتة ورثت أنا ؛ فهذه امرأة ماتت وتركت أما وأختين لأبوين وأختا لأم وأخا لأب هو زوج أختها لأمها ، فللأختان الثلثان : وللأم السدس ، وللأخت لأم السدس إن كانت حية ، ولا يبيّ لزوجها شيء لأنه عصبة فانه أخ لأب ، وإن كانت ميتة فله الباقي وهو السدس لأنه عصبة . امرأة جاءت إلى قوم يقتسمون ميراثا فقالت : لا تقسموا فاني حبل ، فان ولدت غلاما ورث ، وإن ولدت جارية لم ترث . صورته : رجل مات وترك بنتين وعمما وامرأة حبل من أخيه ، فان ولدت غلاما فهو ابن أخيه وهو عصبة مقدم على العم فيرث ؛ وإن ولدت جارية فهي بنت أخ من ذوى الأرحام فلا ترث ؛ ولو قالت : إن ولدت غلاما لا يرث ، وإن ولدت جارية ورثت . صورته : امرأة ماتت عن زوج وأم وأختين لأم وحمل من الأب ، إن ولدت جارية فهي أختها لأبيها فيكون للأم السدس ، وللزوج النصف ، وللأخت لأب النصف ، وللأختين لأم الثلث ، أصلها من ستة تعول إلى تسعة ؛ وإن ولدت غلاما فللزوج النصف ، وللأم السدس ، ولأولاد الأم الثلث ، ولا شيء للغلام لأنه عصبة ؛ وإن قالت إن ولدت غلاما لا يرث هو ولا أنا ، وإن ولدت جارية ورثت أنا وهي ، فهذا رجل مات وله زوجة حامل هي أمة الغير ، قال لها مولاه : إن كان في بطنك جارية فأنت حرة ، فإذا ولدت جارية تبين أنها حرة وابنتها حرة فترثان ، وإن ولدت غلاما فهي جارية وابنها عبد فلا يرثان ، ولو علق الحرية بكونه غلاما فالجواب على العكس ؛ وإن قالت : إن وضعت ذكرا أو أنثى لم يرث ، وإن وضعت

ذكرا وأنثى ورثا ، هذا رجل ترك أما وأختا لأبوين وامرأة أب حبل وجدا ، فإن ولدت ذكرا أو أنثى عاد الجحد ورد سهمه على الأخت لأبوين ، وإن ولدت ذكرا وأنثى رد على الأخت إلى تمام النصف وبقي لهما نصف تسع وهي مختصرة زيد . وإن قالت : إن ولدت ابنا ورثت أنا وهو ثلث المال ، وإن ولدت بنتا لم ترث شيئا ، هذا رجل تزوج ابن ابنة بنت ابن ابن له آخر ، فولدت ابنا وصار الابن في درجة أمه ، ثم مات الرجل وخلف سوى هذين بنتين . هما الثلثان . والباقي وهو الثلث بين الغلام وأمّه للذكر مثل حظ الأنثيين ؛ ولو ولدت بنتا سقط لاستكمال البنات الثلثين وعدم المعصب لهما . ولو قالت : إن ولدت ابنا لم يرث شيئا . وإنه ولدت بنتا فلها النصف ولى الثمن والباقي للعصبة ، هذا رجل خلف عصبة وعبدین لامال له غيرهما فأعتقهما العصبة . فشهدا بعد العتق لامرأة أنها زوجة الميت حامل منه . فإن ولدت غلاما لم يرثا لأنه لو ورثا سقط العصبة فبطل عتقهما وبطلت شهادتهما فلا تثبت الزوجية والنسب فتورثهما يؤدي إلى إبطاله ؛ وإن ولدت أنثى فلها الثمن وللبنت النصف والباقي للعصبة ، ونفذ عتق العبدین لأن للعصبة فيهما نصيبا . فإن كان موسرا يضمن نصيبهما وصحت شهادتهما وثبت النكاح والنسب . وإن كان ممسرا سعى العبدان والمستسمى كالحر المديون . وهذا كله على قول أبي يوسف ومحمد . رجل خلف خالا وعمّا ، ورثه خاله دون عمه . هذا رجل تزوج أخوه لأبيه أم أمه فجاءت بابن فهو خاله وابن أخيه وهو أقرب من العم . ويقال : رجل خاله ابن أخيه . ويقال : رجل هو خال عمه ، ويقال : عمّ خاله . رجل خلف زوجته وأخا لها الثمن والباقي لأخوها ، هذا رجل تزوج ابنة حماته فأولدها ابنا فهو أخو زوجته وابن ابنه . رجل هو خال رجل وعمه ، هذا رجل تزوج أب أبيه أم أمه فولدت ابنا فهو خاله وعمه . رجلان كل واحد منهما عم للآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما أم الآخر فولدتا ابنتين فكل ابن عم الآخر . وصورة أخرى : رجل تزوج أخوه لأمه أم أبيه فولدت ابنا فالملود عمّ الرجل والرجل عمه . رجلان كل واحد منهما خال الآخر . صورته : رجلان تزوج كل واحد منهما بنت صاحبه فولدت ابنا فالابنان كل واحد منهما خال الآخر ، أو يقال : هو رجل تزوج أبو أمه بأخته لأبيه فولدت ابنا ، فالملود خال الرجل والرجل خاله . رجلان أحدهما خال الآخر والآخر عمه . صورته : رجل تزوج امرأة وتزوج ابنة أمها فولدتا ابنتين ، فابن الأب عم ابن الابن . وابن الابن خال ابن الأب . رجل خلف مالا وورثته فهم رجل واحد ، فإن كان ابن الميت فله ألفا درهم . وإن كان ابن عمه فله عشرون ألفا ، هذا رجل ترك ستين ألف درهم وترك ثمانية وخمسين بنتا . فإن كان الرجل ابنا قاسمهن فنصيبه ألفان ، وإن كان ابن عم فلهن الثلثان وله الباقي وهو عشرون ألفا . رجل باع أباه في مهر أمه . هذه حرة تزوجت عبدا فأولدها ابنا ، ثم طلقها فتزوجت سيده على مهر فطالبته

وقد أفلس ، ففضى لها بالعبد ، فوكلت ابنها منه ببيعه وقبض مهرها من ثمنه . رجل خلف ست وراث وتسعين دينارا فأصاب أحدهم دينار واحد ، هذا رجل خلف أما وجدا وأختا لأب وأم وأخوين وأختا لأب فسأله تصح من تسعين ، وسهم الأخت من الأب دينار واحد . مريض قال لرجل : يرثني زوجتك وجدتك وعمتك وخالتك وأختك ، هذا المريض تزوج جدتي الرجل فولدت كل واحدة بنتين فهما خالته وعمته وقد كان الرجل تزوج جدتي المريض وتزوج أب المريض أم الصحيح فأولدها بنتين فهما أختا المريض لأبيه وأختا الآخر لأمه ، فإذا مات المريض بعد أبيه فقد خلف زوجتين هما جدتا المخاطب وأربع بنات هن خالته وعمته وجدتين هما زوجاته وأختين لأب هما أختاه لأمه . امرأة تزوجت أربعة ورثت من كل واحد نصف ماله ، هذه امرأة ورثت هي وأخوها أربعة أعبد فأعتقاهم ، ثم تزوجتهم على التعاقب وماتوا ، فلها من كل واحد الربع بالنكاح والربع بالولاء وذلك نصف ماله . امرأة وابنها اقتسما مال ميت نصفين بغير ولاء ، هذا رجل زوج بنته ابن أخيه فولدت منه ابنا ، ثم مات هذا الرجل بعد موت ابن أخيه فقد ترك بنته فلها النصف ، وترك ابنها وهو ابن ابن أخيه فiaأخذ الباقي بالتعصيب وهو النصف ، ثلاثة إخوة لأم أحدهما ابن عم ، فلهم ثلث المال بالأخوة لكل واحد تسعة ، والباقي وهو ستة أتساع لابن العم ، فبقي معه سبعة أتساع . رجل خلف ثمانية بنين ومالا ، وقال : يأخذ الأكبر عشرة دنانير وتسع ما بقي ، والثاني عشرين دينارا وتسع ما بقي ، والثالث ثلاثين دينارا وتسع ما بقي ، والرابع أربعين دينارا وتسع ما بقي ، والخامس خمسين دينارا وتسع ما بقي ، والسادس ستين دينارا وتسع ما بقي ، والسابع سبعين دينارا وتسع ما بقي ، والثامن الباقي ففعلوا ذلك ، فكان المال بينهم على السواء . الجواب كان المال ستمائة وأربعين دينارا ، فإذا أخذ الأكبر عشرة دنانير تبقى ستمائة وثلاثون دينارا تسعها سبعون يأخذها يبقى معه ثمانون وهو ثمن المال يبقى خمسمائة وستون ، فإذا أخذ الثاني عشرين دينارا وتسع الباقي ستين صار معه ثمانون وهو ثمن الجميع يبقى أربعمائة وثمانون ، فإذا أخذ الثالث ثلاثين وتسع الباقي خمسين صار معه ثمانون أيضا يبقى أربعمائة ، فإذا أخذ الرابع أربعين وتسع الباقي أربعين يصير معه ثمانون أيضا يبقى ثلاثمائة وعشرون ، فإذا أخذ الخامس خمسين وتسع الباقي ثلاثين يبقى مائتان وأربعون ، فإذا أخذ السادس ستين وتسع الباقي عشرين يبقى مائة وستون ، فإذا أخذ السابع سبعين وتسع الباقي عشرة يبقى ثمانون يأخذها الثامن فتد حصل لكل واحد منهم ثمانون ، والله أعلم وأحكم بالصواب .

خاتمة الطبع

بِسْمِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله الذى فقه فى دينه من اختاره للخير من العباد . والصلاة والسلام على سيدنا محمد خير داع إلى الله وهاد ، وعلى آله وأصحابه والتابعين لهم باحسان إلى يوم الميعاد ، وسلم تسليما كثيرا .

وبعد : فقد تم بحمد الله وحسن توفيقه طبع كتاب :

الاختيار لتعليل المختار

للعلامة الفاضل للشيخ عبد الله بن محمود بن مودود الموصلى الحنفى

مصححا بمعرفة لجنة التصحيح برئاسة الشيخ أحمد سعد على .

فهرس

الجزء الخامس من الاختيار لتعليل المختار

صفحة	صفحة
٧٣ فصل من أوصى بثلث ماله لرجل	٣ كتاب الصيد
ولآخر بسدسه فالثلث بينهما أثلاثا	٩ كتاب الذبائح
٧٧ فصل في حكم من أوصى بخيرانه	١٣ فصل فيما لا يحل أكله
أو أصهاره أو أختانه أو أهله	١٦ كتاب الأضحية
٨٣ مسائل مثورة	٢٢ كتاب الجنائيات
٨٤ كتاب الفرائض	٢٦ فصل يقتل الحربا الحرّ وبالعيد
٨٦ أسباب الميراث . وبيان المستحقين	٣٠ فصل لايجزى القصاص في الأطراف
للركة	إلا بين مستوى الدية
فصل في ذوى السهام المقدّرة	٣٥ كتاب الدييات
٩١ فصل فيمن اجتمع فيه جهتا إرث	٣٧ فصل فيما تجب فيه الدية
٩٢ فصل في السهام المفروضة في كتاب	٤١ فصل في الشجاج وما يجب في كل
الله تعالى	منها
فصل في العصبات وأنواعهم	٤٤ فصل في حكم من ضرب بطن امرأة
وأحكامهم	فألت جنينا ميتا
٩٤ فصل في الحجب . وأنواعه ،	٤٥ فصل في حكم من أخرج إلى طريق
وحكم كل نوع	العامة روشنا أو ميزابا ونحو ذلك
١٦ فصل في العول ، وكنيته	٥٠ فصل في حكم جناية العبد ومن
٩٩ فصل في الردّ على الوارثين	في حكمه
١٠١ فصل في مقاسمة الجدة الإخوة	٥٣ باب القسامة ، وما يتعلق بها من
١٠٣ فصل في مقاسمة الجدات	الأحكام
١٠٥ فصل في ذوى الأرحام . وأنواعهم	٥٨ باب المعاقل
وحكم كل نوع	٦٢ كتاب الوصايا
١١٠ فصل في الولاء	٧٠ فصل فيما يجوز الوصية به

صحيحة	صحيحة
١٢٤ فصل في قسمة التركات	١١٢ فصل في حكم الفرق والهدى ومن
١٢٦ فصل في النخارج	في حكمهم إذا لم يعلم أيهم مات
١٢٧ فصل في المسائل الملقبات	أولا
المشركة	١١٣ فصل في توريث الخجوسى
١٢٨ الخرقاء	فصل في توريث الحمل
المروالية	١١٤ فصل في المفقود
الحمزية	١١٥ فصل في الخنثى وتوريثه
١٢٩ الدينارية	فصل في موانع الإرث
الامتحان	١١٧ فصل في المناخات
المأمنية	١١٩ فصل في حساب الفرائض
١٣٠ مسائل من متشابه الفرائض	١٢٢ فصل في معرفة التوافق والتماثل
	والتداخل والتباين

